

University of Groningen

Juridische uitdagingen van effectieve handhaving

Tollenaar, Albertjan

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Tollenaar, A. (editor) (2015). *Juridische uitdagingen van effectieve handhaving: Keuzes en dilemma's bij de vormgeving van overheidstoezicht*. (Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde Groningen; Nr. 12). Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Juridische uitdagingen van effectieve handhaving

Juridische uitdagingen van effectieve handhaving

**Keuzes en dilemma's bij de
vormgeving van overheidstoezicht**

A. Tollenaar (red.)

Vormgeving omslag: Henk Marseille
Vormgeving en opmaak binnenwerk: Albertjan Tollenaar

© 2015 de auteurs

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-367-8296-8
ISBN 978-90-367-8295-1 (e-book)
NUR 805



**rijksuniversiteit
 groningen**

faculteit rechtsgeleerdheid

Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde Groningen

Redactie

Mr. dr. K.J. de Graaf
Prof. mr. J.H. Jans
Prof. dr. J. de Ridder
Mr. dr. A. Tollenaar
Mr. dr. H.D. Tolsma

Redactieraad

Prof. mr. H.E. Bröring
Prof. mr. L.J.A. Damen
Mr. dr. A.M. Klingenberg
Prof. mr. D.A. Lubach
Prof. dr. A.T. Marseille
Prof. mr. M. Scheltema
Mr. dr. F.R. Vermeer
Prof. mr. G.A. van der Veen
Prof. dr. G.J. Vonk
Prof. dr. F. de Vries
Prof. dr. H.B. Winter

Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde
Oude Kijk in 't Jatstraat 26
Postbus 716
9700 AS Groningen

fax. (050) 363 7250
tel. (050) 363 5674

Voorwoord

Deze bundel bevat de opbrengst van het onderzoekssminaar publiekrecht van het studiejaar 2014-2015. Het onderzoeksseminaar is onderdeel van de researchmaster *Functionaliteit van het recht* van de Faculteit Rechtsgeleerdheid. In het kader van dit onderzoeksseminaar worden studenten uitgenodigd om binnen één gemeenschappelijk thema een eigen vraagstelling te bedenken en onderzoek te verrichten. Zoals de titel van de master doet vermoeden wordt het recht gezien als een instrument: het recht heeft een functie en moet op (eigentijdse) problemen een oplossing bieden. Elk jaar wordt daarom een maatschappelijk probleem gekozen waarin de functionaliteit van het recht aan de orde komt.

Het probleem waarmee de studenten in het studiejaar 2014-2015 werden geconfronteerd betrof ‘effectieve handhaving van publieke regelgeving’. De keuze voor dit thema was gebaseerd op de observatie dat de vormgeving van het juridische handhavingsinstrumentarium steeds verder lijkt af te drijven van wat we weten over de meest effectief gebruik van handhavingsinstrumenten. De wetgever lijkt te vluchten in steeds hogere sancties en combineert bestuursrechtelijke (herstel)sancties met strafrechtelijke sancties. Tegelijkertijd wordt ingezet op het verhogen van de pakkans door bijvoorbeeld data-koppeling en wordt de individuele afweging zo veel mogelijk gereduceerd door boeteminima voor te schrijven. Aan de andere kant ontwikkelen toezichthoudende inspecties nieuwe instrumenten waarvan juist meer effectiviteit wordt verwacht. Zoals de waarschuwing, het wenkbrauwgesprek, of juist ‘naming and shaming’. Een variant daarvan is metatoezicht waarbij het publieke toezicht gebruik maakt van toezicht in een private context.

Deze verschijnselen roepen verschillende vragen op. Hoe werken deze instrumenten, wat weten we over de effecten ervan en vooral: hoe moeten deze instrumenten juridisch worden geduid?

Dit boek bevat een antwoord op een aantal van deze vragen. De studenten die deel hebben genomen aan het onderzoeksseminaar hebben zelfstandig onderzoek verricht en een paper geschreven over hun bevindingen. De beste papers met de meest originele onderzoeksvragen en/of de meest informatieve onderzoeksgegevens zijn geselecteerd en verwerkt als hoofdstuk voor in dit boek. Aangevuld met twee hoofdstukken van auteurs die indirect betrokken waren bij het onderwerp van het onderzoeksseminaar biedt deze bundel een

overzicht van juridische uitdagingen en dilemma's die opdoemen bij het inrichten van een effectief handhavingsinstrumentarium. De functionaliteit van het recht, of juist het ontbreken ervan, wordt daarmee zichtbaar gemaakt.

Groningen, september 2015

Albertjan Tollenaar

Inhoud

1	Inleiding	1
	<i>Albertjan Tollenaar</i>	
1.1	De vlucht naar repressie	1
1.2	De relatie tussen handhaving en naleving	2
1.3	Vrijwillige naleving: de mogelijkheden van de piramide van Braithwaite	5
1.4	De (juridische) uitdagingen: indeling van de bundel	6
	Bronnen	8
2	De ene overtreder is de andere niet	9
	<i>Willem Bantema</i>	
2.1	Inleiding	9
2.2	Afstemmen van handhavingstijlen op nalevingsmotieven	10
2.2.1	‘Zacht waar het kan en hard waar het moet’	10
2.2.2	De vele gezichten van de gereguleerde	12
2.2.3	Afstemming handhavingsinstrumenten op de gereguleerde	13
2.3	Case: het rookverbod in de horeca	14
2.3.1	Cafés en restaurants verschillen in de zelf-gerapporteerde naleving	15
2.3.2	Motiverende houdingen en verschillen binnen de horeca (cafés en restaurants)	16
2.3.3	Het ene café is het andere niet	17
2.3.4	Motiverende houdingen en de zelf-gerapporteerde naleving van caféhouders	19
2.4	Handhaving in context: motiverende houdingen van caféhouders	19
2.4.1	Verbondenheid en overgave	20
2.4.2	Weerstand en onthechting	20
2.4.3	Omzeiling	22
2.5	Conclusie	22

2.6	Discussie	23
	Bronnen	24
3	Toezicht door datakoppeling: de case van SyRI	27
	<i>Trix Mulder</i>	
3.1	Inleiding	27
3.2	SyRI	28
3.3	Totstandkoming van SyRI	28
3.3.1	Wet SUWI	28
3.3.2	Besluit SUWI	30
3.4	De werking van SyRI	31
3.4.1	SyRI-project	31
3.4.2	Koppeling van gegevens	32
3.4.3	Register risicomeldingen	32
3.4.4	Informatie voor de burger	33
3.5	Waarborgen	33
3.5.1	Privacybescherming	34
3.5.2	Techniek	36
3.6	Conclusie en aanbevelingen	37
	Bronnen	38
4	Sanctiecumulatie: het voorbeeld van rijden onder invloed	41
	<i>Dominique de Haas</i>	
4.1	Inleiding	41
4.2	Doelen van sanctionering	42
4.3	Sancties	44
4.3.1	Sancties strafrecht	44
4.3.2	Sancties bestuursrecht	45
4.3.3	Sancties civiel recht	48
4.4	Verhouding sancties	49
4.5	Samenloop tegengaan?	50
4.6	Conclusie	51
	Bronnen	52

5 Juridische eisen van naming and shaming 55

Hilde van der Waaij

5.1	Aanleiding	55
5.2	Afbakening	56
5.3	Methode	57
5.4	Normatief kader	57
5.4.1	Wettelijke grondslag	58
5.4.2	Procedure voor publicatie	59
5.4.3	Rechtsbescherming	60
5.4.4	Tussenconclusie normatief kader	60
5.5	<i>Naming and shaming</i> bij drie toezichthouders	61
5.5.1	Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit	61
5.5.2	Autoriteit Financiële Markten	62
5.5.3	Onderwijsinspectie	64
5.6	Conclusie	65
5.6.1	Grondslag en doel van de openbaarmaking	66
5.6.2	Procedure voor publicatie	66
5.6.3	Rechtsbescherming	67
5.6.4	Slotconclusie	67
	Bronnen	68

6 Naar een transactiebevoegdheid voor de Autoriteit Financiële Markten 71

Tamara Goeting

6.1	Inleiding	71
6.2	Handhavinginstrumentarium Autoriteit Financiële Markten	72
6.2.1	De bestuurlijke boete	73
6.2.2	De bestuurlijke boete en de AFM	74
6.2.3	Pilot versnelde boeteprocedure	74
6.2.4	Nut en noodzaak van een transactiebevoegdheid	75
6.3	Juridische vragen bij de transactiebevoegdheid	77
6.3.1	Karakter van de vaststellingsovereenkomst	77
6.3.2	Legaliteitsbeginsel	78
6.3.3	Toegang tot de rechter: het afstandsbeding	78
6.3.4	Openbaarheid	80
6.4	Vormgeving van de bestuursrechtelijke transactiebevoegdheid bij de AFM	81
6.4.1	Vereiste van legaliteit	81

6.4.2	Afzien van beroep op de rechter	82
6.4.3	Openbaarheid	82
6.5	Conclusie	83
	Bronnen	84
7	‘Zachter waar het kan, hard waar het moet’	85
	<i>Dieuwertje Stolwijk</i>	
7.1	Inleiding	85
7.2	Het handhavingssysteem van de Wav	86
7.3	De effectiviteit van het huidige handhavingssysteem	88
7.4	De rationaliteit van een waarschuwing	89
7.4.1	Het deterrence model	90
7.4.2	Het voluntary compliance model	91
7.4.3	Responsive regulation	93
7.5	De vormgeving van de waarschuwing	95
7.5.1	Vrije bevoegdheid	95
7.5.2	Gebonden bevoegdheid	96
7.6	De toepassing van de waarschuwing in de praktijk	98
7.6.1	Variant A: 1,1,1-beleid	98
7.6.2	Variant B: waarschuwingsgronden	99
7.7	Conclusie	99
8	Zelfregulering dansevents	101
	<i>Michelle Bruijn</i>	
8.1	Inleiding	101
8.2	Metatoezicht	102
8.2.1	Toezicht en metatoezicht	102
8.2.2	Metatoezicht en metaregulering	103
8.2.3	Metaregulering en zelfregulering	103
8.3	Juridisch design van metatoezicht in de evenementenbranche	104
8.3.1	Publiekrechtelijke regels	104
8.3.2	Zelfregulering evenementenbranche	105
8.3.3	Metatoezicht?	106
8.4	Dance Valley 2001	106
8.4.1	Gegevensverzameling	106
8.4.2	Casus	107
8.4.3	Analyse	110

8.5	Regulering op drie niveaus	111
8.5.1	Publiekrechtelijke regulering	111
8.5.2	Organisator	113
8.5.3	Brancheorganisatie	113
8.6	Conclusie	114
	Bronnen	115
9	Metaregulering en alcoholbeleid	117
	<i>Suzanne Schot</i>	
9.1	Inleiding	117
9.2	Metaregulering	118
9.3	Publieke en private regulering	119
9.3.1	Publieke regulering: de gemeenten	119
9.3.2	De private sfeer: de supermarkten	122
9.3.3	Analyse	124
9.4	Beoordeling van metaregulering in relatie tot de Drank- en Horecawet	125
9.5	Conclusie	125
	Bronnen	126
	Over de auteurs	129

Inleiding

Albertjan Tollenaar

1.1 De vlucht naar repressie

De overheid heeft een breed palet aan instrumenten tot haar beschikking om de naleving van in wet- en regelgeving neergelegde normen te bevorderen. Dit handhavingsinstrumentarium varieert van traditioneel strafrechtelijke instrumenten, zoals geldboetes en gevangenisstraffen, tot bestuursrechtelijke instrumenten, waaronder de ontneming van de vergunning, het opleggen van verplichtingen of een bestuurlijke boete.

In dit palet aan handhavingsinstrumenten kunnen twee ontwikkelingen worden herkend. Enerzijds is sprake van een *verbreding* van het handhavingsinstrumentarium. Vaak heeft de inspectie die belast is met het toezicht op de naleving van de publiekrechtelijke regels meerdere instrumenten tot haar beschikking: overtreding van dezelfde normen wordt bedreigd met verschillende sancties, soms zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke.¹ De gestage toename van het aantal handhavingsinstrumenten lijkt onomkeerbaar, al was het maar omdat de wetgever niet snel geneigd is om te snoeien in de handhavingsinstrumenten, ook niet als ze niet worden gebruikt.²

Naast de uitbreiding van het handhavingsinstrumentarium lijkt ook sprake van een verandering van de *aard* ervan. De wetgever kiest in toenemende mate voor instrumenten die naar hun aard zwaarder zijn en grotere gevolgen hebben voor de overtreder.³ Bijvoorbeeld omdat de strafmaat hoger is. Als voorbeeld kan worden gewezen op de ontwikkeling van de bestuurlijke boete. De gestage opkomst van dit instrument ging gepaard met een aanmerkelijke verhoging van de strafmaat, met als gevolg dat de overtreder zwaarder wordt gestraft met een bestuurlijke boete dan het geval zou zijn geweest indien dezelfde overtreding zou zijn bestraft in het strafrecht.⁴

1. Zie als voorbeeld: Tollenaar 2013a.

2. Vergelijk: Tollenaar 2013a voor een overzicht en Bröring et al. 2012 voor een overzicht van bestuurlijke boetestelsels die nog nooit hebben geleid tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

3. Vonk 2014.

4. Bröring et al. 2012. Zie voorts: Raad van State 2015.

Naast een verzwaring van de sancties verandert de aard van het instrumentarium ook in de zin dat de uitvoeringsmodaliteit verstart. De keuzevrijheid van de instantie die belast is handhaving en bestraffing wordt langzaam maar zeker beperkt. Bijvoorbeeld voor wat betreft de keuze *of* een sanctie wordt opgelegd en de berekening van de boetehoogte.⁵

De verbreding van het handhavingsinstrumentarium en de verandering van de aard ervan kunnen worden gekwalificeerd als een tendens naar repressie: de wetgever baseert de vormgeving van het handhavingsinstrumentarium op de overtuiging dat op overtreding van een publiekrechtelijke regel een sanctie moet volgen en dat ‘lik op stuk’ bijdraagt aan een betere normnaleving.

De empirische onderbouwing voor deze redenering is op zijn zachtst gezegd niet overtuigend. Het bewijs van een causaal verband tussen strenger straffen, ‘lik op stuk’ en repressie enerzijds en normconformiteit anderzijds is flinterdun.⁶ Dat weten de instanties die belast zijn met toezicht en handhaving als geen ander. Het gevolg is dat in de uitvoeringspraktijk nieuwe modaliteiten ontstaan: nieuwe handhavingsinstrumenten worden ontwikkeld waarmee (beter) wordt bijgedragen aan een normconform gedrag. In plaats van onmiddellijk een boete op te leggen wordt eerst een ‘normoverdragende gesprek’ of ‘wenkbrauwgesprek’ gevoerd.⁷ In het geval het vermoeden bestaat dat de overtreder de bestuurlijke boete ‘incalculeert’ wordt gezocht naar nieuwe instrumenten die de overtreder wel treffen, zoals naming and shaming. Het interessante van deze instrumenten is dat zij niet altijd zijn gebaseerd op wet- en regelgeving. De juridische vormgeving van deze instrumenten, inclusief de eventuele rechtsgevolgen, zijn daarom vaak nog onbekend.

Het beeld dat zo ontstaat is een schizofrene situatie met enerzijds een juridische werkelijkheid, neergelegd in wetgeving, die getuigt van een tendens naar repressie, en anderzijds een uitvoeringspraktijk die juist zoekt naar nieuwe oplossingen die naar verwachting een beter effect hebben op de normnaleving en die vaak niet in een juridische context zijn vormgegeven.

1.2 De relatie tussen handhaving en naleving

De schizofrene situatie vindt zijn oorsprong in het continue spel tussen inspectie en normadressaat. Beiden maken een subjectief-rationale kosten-baten afweging. De kosten aan de zijde van de inspectie bestaan enerzijds uit de kosten die gepaard gaan met het verzamelen van informatie over de overtreding en anderzijds met de kosten die volgen uit het opleggen van een sanc-

5. Tollenaar 2013b.

6. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr 4, p. 3 (advies Raad van State bij Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving).

7. ACM Jaarverslag 2014, zie jaarverslag.acm.nl.

tie. Bij dit laatste kan gedacht worden aan de juridische procedures die volgen op het opleggen van een sanctie, inclusief de mogelijke imagoschade in het geval deze procedure resulteert in een herroeping van die sanctie.

Tegenover deze kosten staan de mogelijke baten van de interventie. Wat levert de interventie op? Vanuit het traditionele strafrecht denkt men dan al snel aan specifieke en generale preventie. Een sanctie heeft een leereffect voor deze overtreder, die door het opleggen van deze sanctie in de toekomst geneigd zal zijn om zich aan de regels te houden. Deze specifieke preventie staat tegenover generale preventie: het opleggen van een sanctie heeft een afschrikwekkend effect voor andere potentiële overtredders.

Deze kosten-baten afweging kan verklaren dat inspecties hun per definitie schaarse capaciteit benutten voor primair kansrijke zaken, waarbij de overtredding relatief eenvoudig is vast te stellen en waarbij het risico op een verloren juridische procedure – bijvoorbeeld omdat de rechter de feiten anders weegt – gering is.

Aan de andere zijde bevindt zich de eveneens rationele overtredder. Deze maakt evenzeer een kosten-baten afweging, waarbij de kosten bestaan uit ‘nalevingskosten’: de kosten die gepaard gaan bij het naleven van de publieke regels. Onderdeel van deze kostenpost is ook het inhuren van deskundigheid om kennis te nemen van de toepasselijke regels en deze te vertalen naar de concrete situatie.⁸

Een andere kostenpost betreft de schade die bestraffing van een mogelijke overtredding met zich meebrengt. Bestrafing resulteert in rechtstreekse schade, zoals de omvang van de boete, maar ook in indirecte schade, bijvoorbeeld de kosten die gepaard gaan met de juridische procedure om de bestraffing ongedaan te maken en - in de praktijk vaak wel net zo belangrijk – de imagoschade die een dergelijke procedure teweegbrengt. Informatie over bestraffing kan immers voor derde partijen redenen zijn om economische transacties met deze partij te mijden.

Tegenover de schade staan voor de normadressaat de potentiële baten: het voordeel dat de normadressaat ondervindt indien hij zich *niet* aan de relevante publieke normen houdt. De kosten-batenafweging voor de normadressaat wordt bepaald door de nalevingskosten an sich – dus de investering die het vergt om zich aan de regels te houden – de pakkans, oftewel: het risico dat een eventuele overtredding opvalt en wordt gesanctioneerd, en de omvang van de schade indien de overtredding wordt gesanctioneerd.

Scholz (1991) laat zien hoe beide rationele actoren elkaar in de greep houden, met als resultaat een suboptimale normnaleving. In het model van Scholz wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘echte’ overtreddingen en relatief klei-

8. Gedacht kan worden aan de compliance afdelingen

ne overtredingen. Echte overtredingen zijn de overtredingen die rechtstreeks in verband staan met het doel van de norm. Kleine overtredingen zijn overtredingen van normen die daarvan afgeleid zijn. Als voorbeeld: een echte overtreding is een gevaarzettende handeling of het laten voortduren van een gevaarlijke situatie waardoor een werknemer in gevaarlijke arbeidsomstandigheden wordt gebracht, een afgeleide overtreding is het niet op orde hebben of niet tijdig kunnen overleggen van documentatie omtrent die potentieel gevaarlijke situatie. Concreter: een net verlopen certificaat van een elektrisch apparaat geldt als een afgeleide overtreding, het laten werken met ondeugdelijke apparatuur die nog nooit is gecertificeerd geldt als een echte overtreding.

Het besef dat de normadressaat de regel zal overtreden indien de baten de kosten overstijgen, leidt ertoe dat de inspectie zal proberen om de pakkans en de sanctiezwaarte te maximeren en elke overtreding, ook al is het de overtreding van een afgeleide enorm, meteen te straffen zonder consideratie met de aard van die overtreding. Daarbij worden sancties gekozen die de kostenbaten afweging beïnvloeden: naming and shaming om het imago aan te tasten is dan een zwaardere sanctie dan alleen een geldboete.

Het besef aan de zijde van de normadressaat dat de inspectie meteen zal straffen, leidt ertoe dat deze geneigd is om de regel naar de letter na te leven om eventuele sancties te voorkomen. Het resultaat is voor beide rationele actoren suboptimaal: de inspectie is 'duur' uit omdat hij veel moet investeren in handhaving, relatief kleine overtredingen meteen zwaar moet bestraffen, met procedures tot gevolg. De normadressaat is 'duur' uit omdat hij zich naar de letter van de wet zal moeten richten en overtreding van een norm niet kan rechtvaardigen met andere informatie waaruit de goede wil zou blijken.

Feitelijk worden zowel de inspectie als de normadressaat gevangen in een variant van het prisoner's dilemma, in dit geval afgebeeld als handhavingsdilemma. De angst van de inspectie dat de normadressaat zich niet om de regels en de achterliggende doelen bekommert, leidt tot de angst dat de inspectie zal worden gemanipuleerd, dat overtredingen buiten beeld blijven met alle risico's van dien. En anderzijds: de angst van de normadressaat dat de inspectie geen genoeg zal nemen met de eigen interpretatie van de regels, hoe doelgericht die ook kan zijn, leidt ertoe dat de normadressaat zich dan maar richt tot de letter van de wet.

Het dilemma en de verschillende uitkomsten zijn in onderstaande tabel samengevat. De getallen in de cellen kunnen worden opgevat als het resultaat van de kosten en baten bij handhaving/naleving voor de normadressaat respectievelijk de inspectie. De slechtst mogelijke verhouding van de kosten en de baten, is samengevat als een 0. De meest positieve verhouding van kosten en baten is samengevat als een 5.

Tabel 1.1: Het handhavingsdilemma

		keuze inspectie	
		Flexibel handhaven	Maximaal handhaven
Keuze normadressaat	Flexibel naleven	3,3 Vrijwillige naleving	0,5 Pesterij
	Minimaal naleven	5,0 Manipulatie	2,2 Afschrikking

De tabel illustreert wat veel inspecties en normadressaten eigenlijk wel weten: een gebrek aan vertrouwen ligt ten grondslag aan het gebruik van handhaving als afschrikingsmiddel (deterrence). De kunst is te zoeken naar een balans, waarbij ruimte wordt geboden aan de goedwillende normadressaat die de regels misschien niet altijd precies naleeft, maar de achterliggende doelen wel realiseert. Dit is de situatie die in de tabel wordt afgebeeld als ‘vrijwillige naleving’.

1.3 Vrijwillige naleving: de mogelijkheden van de piramide van Braithwaite

De inspecties hebben tal van mogelijkheden en strategieën gericht op de vrijwillige naleving, waarbij kleine overtredingen of goedwillende normadressaten worden ontzien en vooral stevig wordt opgetreden waar dat nodig is. Veel van die strategieën zijn gebaseerd op de piramide van Braithwaite (1992). Deze piramide is enerzijds normatief (zo zou handhaving door de overheid eruit moeten zien) en anderzijds beschrijvend (zo ziet het er vaak ook uit) van aard. De overheid reageert op de meeste regelovertradingen met praten en adviseren: het normoverdragend gesprek. In een veel kleiner deel van de gevallen wordt handhaving gebaseerd op afschrikking en punitief handelen.

Braithwaite stelt daarbij dat voor de effectiviteit van de handhaving een breed arsenaal aan sanctiemogelijkheden cruciaal is, uiteenlopend van de mogelijkheid om te waarschuwen tot het uiteindelijk het fysiek onmogelijk maken van de overtreding (bijvoorbeeld door een bedrijf stil te leggen).⁹ De redenering is dat de lichtere handhavingsinterventies alleen werken als de inspectie een stok achter de deur heeft.

Van de Bunt et al. (2007) laten zien dat veel inspecties hun beleid baseren op dit idee van Braithwaite. Strategienota's van verschillende landelijke inspecties maken ruimhartig gebruik van de gedachten die in de piramide schuil gaan: zacht waar het kan, hard waar het moet.

9. Ayres & Braithwaite 1992, p. 19.

1.4 De (juridische) uitdagingen: indeling van de bundel

Van belang is dat grote delen van de piramide juridisch ongeregeld zijn: het normoverdragend gesprek, de waarschuwing en zelfs naming and shaming kennen geen vaste juridische vorm of procedure. Datzelfde geldt voor het handhaven op private handhavingsarrangementen, het zogenaamde ‘metatoezicht’. In deze bundel komen verschillende juridische keuzes en dilemma’s aan de orde die bij het invullen van de piramide opdoemen.

De piramide is gebaseerd op een bepaald beeld over overtredders. In zijn bijdrage laat *Bantema* laten zien dat de beweegredenen van overtredders van het rookverbod in de horeca variëren. Er vele overtredders zijn die elk een eigen reactie vergen. Bantema concludeert dat een ‘one size fits all’ benadering juist bij een gevarieerde groep normadressaten, niet effectief zal zijn.

Vervolgens verschuift het beeld naar de handhaving zelf en de nieuwe mogelijkheden daarbij. *Mulder* analyseert de mogelijkheden en beperkingen van SyRI, een instrument waarmee overtredingen in het sociale domein kunnen worden gesignaleerd. In haar analyse gaat ze in op de rechtstatelijke en praktische bezwaren tegen de bijna oneindige datakoppeling die met dit instrument mogelijk wordt gemaakt.

De bijdrage van Mulder kan worden gezien als ondersteuning voor de eerder geponeerde stelling dat het handhavingsinstrumentarium tendeeft naar steeds meer repressie. Ondersteuning voor dezelfde stelling is te vinden in de bijdrage van *De Haas*. In haar bijdrage gaat het om de interventie na de fase van toezicht: op welke manier wordt het rijden onder invloed bestraft? De recente discussies omtrent het alcoholslotprogramma, die potentieel kan samenlopen met een strafrechtelijke sanctie en in sommige gevallen zelfs met een sanctie gebaseerd op het privaatrecht, biedt een interessante casus waarmee de tendens naar repressie wordt geïllustreerd. De Haas maakt duidelijk wat de concrete consequenties voor een overtreder zijn en vraagt zich af in hoeverre deze nog proportioneel zijn.

Na de hoofdstukken die inzicht geven in de toenemende repressie, verschuift de aandacht naar de verandering van de aard van het handhavingsinstrumentarium. *Van der Waaij* bespreekt de mogelijkheden van ‘naming and shaming’. Ze gaat daarbij in op (het ontbreken van) de wettelijke grondslag en illustreert de werking van dit instrument bij een drietal inspecties (de NVWA, de AFM en de Onderwijsinspectie).

Een ander instrument dat geldt als verrijking van het handhavingsinstrumentarium is de transactiebevoegdheid. Juist wanneer de overtreding moeilijk kan worden vastgesteld, kan het efficiënt zijn om de inspectie de ruimte te bieden om te onderhandelen met de overtreder en een ‘regeling’ te bieden. Vaak betekent dit: korting op de boete indien de overtreder de overtreding erkent en afziet van verdere procedures. *Goeting* gaat in haar bijdrage in op deze transactiemogelijkheid en bespreekt een pilot van de Autoriteit Financi-

ele Markten waarmee de mogelijkheden van deze afdoeningsmogelijkheid zijn verkend.

Enigszins in hetzelfde stramien valt de introductie van een waarschuwingsbevoegdheid. *Stolwijk* verkent in haar bijdrage over het gebruik van de boetebevoegdheid bij de handhaving van de Wet Arbeid Vreemdelingen (WAV) door de Inspectie Sociale Zaken hoe de waarschuwingsbevoegdheid eruit zou kunnen zien. Ze bespreekt daarbij de keuzes en dilemma's die daarbij aan de orde zijn en ontwerpt een mogelijk waarschuwingsbeleid.

Aan het verder vullen van het handhavingsinstrumentarium kan het verschijnsel 'metatoezicht' niet ontbreken. In veel gevallen opereert de normadressaat in een private omgeving waarin ook toezicht en handhaving plaatsvindt. Voor de effectiviteit van het overheidstoezicht ligt het voor de hand dat de overheid gebruik maakt van deze arrangementen en daar bijvoorbeeld toezichtsinformatie ontleent. Concreter: de normadressaat die al slecht bekend staat binnen een branchevereniging verdient wellicht meer aandacht van de overheid dan de normadressaat die wel goed bekend staat. Deze redenering kent in ieder geval één onzekerheid: de kennis van de overheid over de werking van het private handhavingsarrangement. In het hoofdstuk van *Bruijn* wordt daarom nagegaan welke private arrangementen functioneren, meer in het bijzonder voor wat betreft de organisatie van evenementen. Juist deze activiteit kent vele (veiligheids)aspecten waarop de overheid toezicht zou moeten houden. Tegelijkertijd vormen capaciteitsproblemen een reële bedreiging voor een effectief toezicht. Bovendien ontbreekt het vaak bij de overheid aan de kennis over de daadwerkelijke veiligheidsrisico's.¹⁰ Bruijn gaat na welke private handhavingsinstrumenten er zijn en in hoeverre deze bruikbaar zouden kunnen zijn voor het gemeentelijk toezicht op evenementenvergunningen.

In haar bijdrage beantwoordt *Schot* min of meer dezelfde vraag, maar dan voor wat betreft het toezicht op de naleving van de regelgeving omtrent de verkoop van alcohol aan jongeren door supermarkten. Deze normadressaten opereren in het verband van een moederbedrijf. Schot verkent van een aantal supermarktketens hoe het interne toezicht op de naleving van de regels omtrent verkoop van alcohol is georganiseerd en vraagt zich af in hoeverre deze arrangementen bruikbaar zijn voor het toezicht door gemeenten.

De bijdragen bieden stuk voor stuk meer inzicht in de hedendaagse dilemma's en uitdagingen waarvoor inspecties zich zien geplaagd. De analyses zijn alleen daarom al waardevol voor de handhavingspraktijk en bieden voldoende aanknopingspunten voor verder onderzoek.

10. De casus omtrent de monstertruc in Haaksbergen dient hierbij als illustratie.

Bronnen

Ayres & Braithwaite 1992

I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation: Transcending the de-regulation debate*, New York: Oxford University Press 1992.

Bröring et al. 2012

H.E. Bröring et al., *Referentiekader geldboetes*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012.

Van de Bunt et al. 2007

H. van de Bunt, J. van Erp & K. van Wingerde, 'Hoe stevig is de piramide van Braithwaite', *Tijdschrift voor Criminologie* 2007 (49), p. 386-399.

Raad van State 2015

Raad van State, Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht, Advies W03.15.0138/II, 13 juli 2015.

Scholz 1991

J.T. Scholz, 'Cooperative regulatory enforcement and the politics of administrative effectiveness', *American Political Science Review* 1991 (1), p. 115-136.

Tollenaar 2013a

A. Tollenaar, 'Ontdubbelde handhaving', *Netherlands Administrative Law Library* 2013, 10.5553/NALL/.000013.

Tollenaar 2013b,

A. Tollenaar, 'Aanscherping sanctiebeleid SZW-wetten: vliegt de wetgever uit de bocht?', *Beleid en Maatschappij* 2013(2), p. 118-132

Vonk 2014

G.J. Vonk, 'Repressieve verzorgingsstaat', *Nederlands Juristenblad* 2014 (2), p. 95-102.

De ene overtreder is de andere niet

Willem Bantema

2.1 Inleiding

Het is klokslag twaalf uur midden in de nacht als Nico Tien van café de Sigaar¹ besluit de asbakken terug op de toog te zetten. Hij verwacht dat de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (de NVWA) niet meer zal controleren na twaalf uur. Zijn buurman van café de Kloof, heeft sinds de invoering van het rookverbod nog geen rookvrije minuut meegemaakt in zijn zaak, ondanks dat hij verscheidene boetes van de NVWA heeft ontvangen. Het rookverbod vindt hij belachelijk. De overbuurvrouw, van Café Gedwee, heeft de asbakken een tijdje van tafel gehad maar doordat haar klanten wegliepen naar de collega's heeft zij besloten de asbakken weer terug te zetten. Zij vond de frisse lucht in haar café fijn maar moet de asbakken noodgedwongen terugzetten om omzetverlies te voorkomen.

Caféhouders hebben uiteenlopende motieven om regels te volgen of juist te overtreden. Dat geldt voor elke burger. Als handhaver zou je hier rekening mee kunnen houden. Het blijkt echter lastig voor handhavers en wetenschappers om typen overtreiders van elkaar te onderscheiden. In dit hoofdstuk wil ik een instrument voorstellen waarmee de nalevingsbereidheid van geregeleerden in kaart kan worden gebracht. Dit instrument biedt handhavers handvaten voor een meer gevarieerde inzet van handhavingsinstrumenten, waardoor meer effectief en efficiënt kan worden gehandhaafd.

In dit hoofdstuk is de benadering van 'motivational postures' (oftewel: 'motiverende houdingen') gekozen als uitgangspunt. Deze benadering is ontleend aan sociaalwetenschappelijk onderzoek naar naleving in uiteenlopende contexten, zoals veiligheid op de werkplek (Braithwaite 2011) en belastingen (Braithwaite 2003). Deze benadering is echter nog nooit toegepast op de naleving van het rookverbod in cafés. Om de 'motivational postures' bij de naleving van het rookverbod te achterhalen zijn zowel enquêtes als interviews gebruikt. Centraal staat de vraag wat de benadering van motive-

1. De namen zijn fictief.

rende houdingen kan bijdragen aan een effectiever en efficiënter gebruik van handhavingsinstrumenten. Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst uiteengezet wat de functie van ‘motivational postures’ kan zijn (paragraaf 2.2). Daarna wordt de case van de handhaving van het rookverbod beschreven (paragraaf 2.3) en geanalyseerd (paragraaf 2.4). Paragraaf 2.5 bevat een conclusie.

2.2 Afstemmen van handhavingsstijlen op nalevingsmotieven

Vanaf de jaren ‘80 is er in toenemende mate aandacht voor de nalevingsmotieven van gereguleerden. Volgens Kagan & Scholz (1984) worden door handhavers drie typen regel overtredende bedrijven omschreven: het berekende bedrijf, het bedrijf als politieke burger en het incompetente bedrijf. Een berekenend bedrijf houdt zich niet aan regelgeving wanneer de kosten van naleving groter zijn dan de opbrengsten van niet-naleving. Wanneer een bedrijf zich als politieke burger manifesteert, houdt men zich niet aan regelgeving omdat men het principieel oneens is met de inhoud van de regelgeving. Het incompetente bedrijf, tot slot, zou zich wel aan regelgeving willen houden, maar ontbeert de technische of financiële middelen om dat te realiseren. Het gaat dan niet om het niet willen, maar meer om het niet kunnen.

De belangrijkste bijdrage van Kagan & Scholz (1984) is hun stelling dat de motieven die ten grondslag liggen aan regelovertreding, bepalend zouden moeten zijn voor de keuze van een specifieke handhavingsstijl (Kagan & Scholz 1984, p. 86). Zij stellen voor om in het geval van ‘berekende bedrijven’ te kiezen voor straffen, terwijl in het geval van ‘incompetente bedrijven’ en ‘bedrijven als politieke burger’, onderhandelen en voorlichting afdoende zouden kunnen zijn voor het bereiken van regelnaleving.

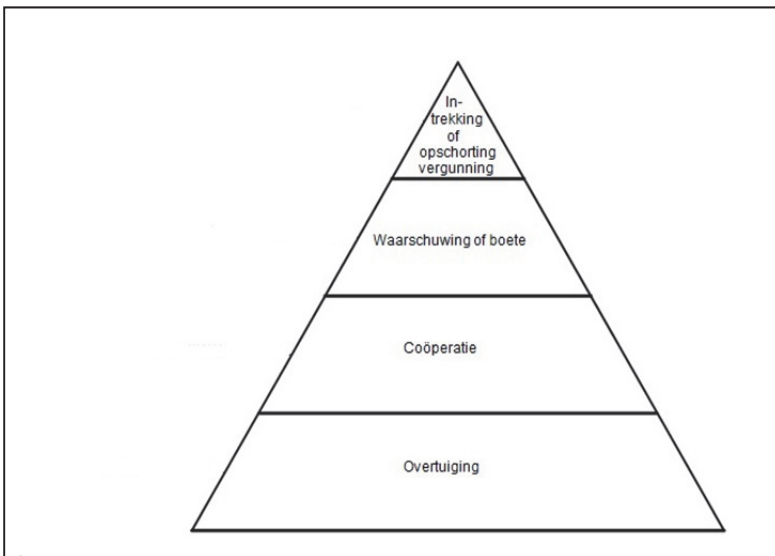
2.2.1 ‘Zacht waar het kan en hard waar het moet’

Ayres & Braithwaite (1992) hebben de uitgangspunten van Kagan & Scholz (1984) verder uitgewerkt. Ook zij zijn van mening dat de handhaver zijn manier van handhaven zou moeten afstemmen op de motieven van de gereguleerde. Braithwaite & Ayres (1992, p. 5) achten het echter onjuist om, zoals Kagan & Scholz doen, uit te gaan van vooraf vaststaande typeringen van bedrijven en dus van universele handhavingsstijlen. Ayres & Braithwaite gaan uit van ‘multiple selves’, dat wil zeggen dat er tegelijkertijd meerdere redenen kunnen zijn voor (niet-) naleving. Dit vergt verschillende handhavingsstijlen die aangrijpen bij de verschillende motieven voor niet-naleving. Slogan van dit paradigma, dat ‘responsive regulation’ wordt genoemd is ‘zacht waar het kan en hard waar het moet’.

In eerste instantie zou gekozen moeten worden voor een *overredende* handhavingsstijl (overtuiging). Alleen wanneer dat niet werkt kan trapsgewijs

voor een strengere en meer punitieve aanpak worden gekozen. Deze theorie wordt vaak gevisualiseerd aan de hand van trappen in een piramide. Aan de brede basis van de piramide, bevinden zich naar verwachting bedrijven die overtuigd zijn of overtuigd kunnen worden om zich vrijwillig aan regels te houden (zie figuur 2.1). De brede onderlaag symboliseert een belangrijk element van ‘responsive regulation’, namelijk de gedachte dat de meerderheid van de bedrijven uit zichzelf de regels zullen volgen. Bij elke stap omhoog in de piramide, worden aan een steeds kleiner wordende groep steeds zwaardere straffen opgelegd, waarbij de top van de piramide als afschrikking werkt voor de overige en lagere trappen binnen de piramide.

Figuur 2.1: Handhavingspiramide en handhavingsopties.



(naar Ayres & Braithwaite 1992)

Bij ‘responsive regulation’ staan de gereguleerden en hun nalevingsmotieven centraal, maar dan ook daadwerkelijk vanuit het perspectief van de gereguleerde en niet alleen op basis van typering van gereguleerden door handhavers, zoals bij Kagan & Scholz het geval is. Maar hoe kan men inzicht krijgen in de nalevingsmotieven van gereguleerden? Binnen het paradigma van ‘responsive regulation’ is een bruikbaar model tot stand gekomen om de nalevingsmotieven en nalevingsbereidheid van burgers of bedrijven in kaart te brengen. Deze typering wordt motiverende houdingen genoemd door Braithwaite (1995; 2003; 2009) en zullen centraal staan in dit onderzoek.

2.2.2 De vele gezichten van de gereguleerde

Braithwaite et al. (1994) uitten kritiek op het model van Kagan & Scholz dat in hun ogen teveel gericht zou zijn op de niet-naleving van regels terwijl veelal blijkt dat bedrijven en burgers regels vaker naleven dan niet-naleven. Uit onderzoek naar naleving in Australische verpleeghuizen bleek dat de handhaver de door Kagan & Scholz onderscheiden typen overtreders niet goed uit elkaar te kan halen. Het onderscheid dat handhavers maken gaat niet veel verder dan ‘good apples’ en ‘bad apples’. Gereguleerden die zich gedragen als ‘politieke burger’ worden vaker tot de ‘good apples’ gerekend, terwijl berekenende en incompetent bedrijven vaak worden neergezet als ‘bad apples’ (Braithwaite 2009, p. 76-77). Wanneer de handhaver het onderscheid niet goed kan maken is het lastig om overtreders zodanig te behandelen dat ze worden aangezet tot regelnaleving.

Braithwaite heeft een model ontwikkeld dat tegemoet komt aan deze kritiek. Zij onderscheidt verschillende manieren waarop mensen zich kunnen positioneren ten opzichte van de handhaver en onderliggende regelgeving. Deze houdingen noemt zij ‘motiverende houdingen’ (‘motivational postures’). Zij onderscheidt vijf houdingen: ‘commitment’, ‘capitulation’, ‘resistance’, ‘disengagement’ en ‘game-playing’, door mij vertaald als: verbondenheid, overgave, weerstand, onthechting en omzeiling.

Bij *verbondenheid* zijn er weinig problemen met de handhaver, omdat gereguleerden met deze houding regelgeving steunen en gericht zijn op naleving. Bij *overgave* speelt relatie met de handhaver wél een belangrijke rol. Hierbij doen gereguleerden overwegend wat van ze gevraagd wordt, maar dat is vooral op basis van het te vriend houden van handhavers en het vermijden van problemen (Braithwaite 2009, p. 79). Zowel verbondenheid als overgave leiden tot naleving (Braithwaite et al. 1994; Braithwaite 2003; 2009; 2011)

Een meer negatieve houding ten aanzien van handhavers is *weerstand*. Deze weerstand is een signaal richting handhavers, dat de gereguleerden zich onrechtvaardig behandeld voelen en dat handhavers hun werkwijze zouden moeten bijstellen. Gedachte is dat wanneer een handhaver hier rekening mee houdt, van een regelovertreder een regelvolger gemaakt kan worden.

Waar er bij weerstand sprake is van onvrede over de werkwijze van handhavers, gaat het bij *onthechting* om een grote onverschilligheid of afstandelijkheid ten opzichte van alles wat de handhaver doet (Braithwaite et al. 2007, p. 139). Weerstand wordt door Braithwaite gezien als een gebruikelijke en ‘democratisch nuttige’ uiting van verzet (protest), terwijl het bij onthechting gaat om ‘dropping out, with no communication that betrays the source of the injury, and therefore no basis for responsiveness that can repair the situation’ (Braithwaite 2009, p. 80). Wanneer sprake is van onthechting, zijn er naar verwachting minder aanknopingspunten voor de handhaver om gedrag te beïnvloeden. Zowel weerstand en onthechting zijn gerelateerd aan niet-naleving (Braithwaite et al. 1994; Braithwaite 2003; 2009; 2011).

Een houding die aan het model kan worden toegevoegd is die van *omzeiling*. Deze houding kenmerkt zich door een soortgelijke afstandelijkheid naar de handhaver als bij onthechting (Braithwaite et al. 2007). Echter, in plaats van zich terug te trekken ('withdrawal') wordt juist de strijd aangegaan met de handhaver of de wetgeving (Braithwaite 2011, p. 39). Er lijkt sprake van betrokkenheid, maar die betrokkenheid beperkt zich tot de letterlijke betekenis van de wet en niet tot de sociale doelen waarvoor de wetgeving is ingevoerd (Braithwaite 2009, p. 96). Voor handhavers kan die houding lastig zijn, omdat het lijkt op naleving, terwijl de geregleerde intussen alles doet om de regel te ondermijnen. Omzeiling zou volgens de theorie gerelateerd moeten zijn aan naleving, maar uit de empirie blijkt omzeiling vaak indicatief te zijn voor niet-naleving (Braithwaite 2003; 2009; 2011).

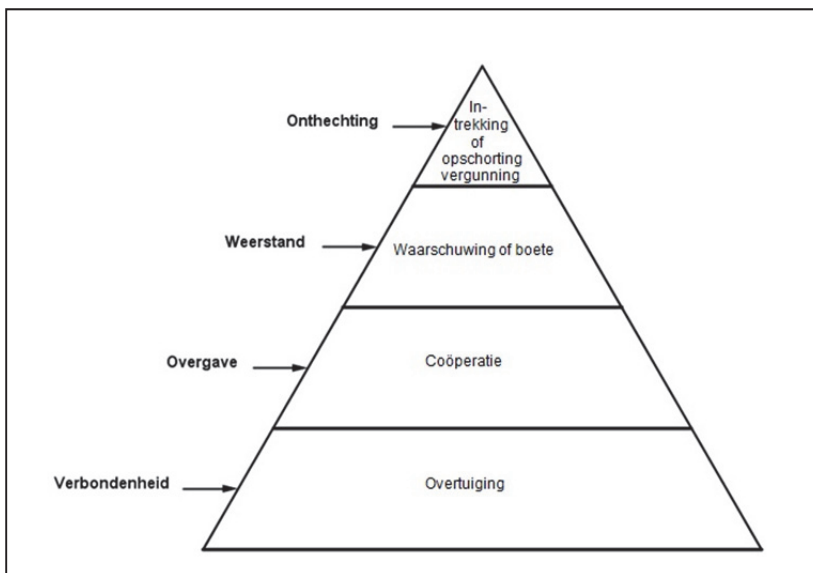
2.2.3 Afstemming handhavingsinstrumenten op de geregleerde

De motiverende houdingen zijn ontwikkeld binnen het paradigma van 'responsive regulation'. Motiverende houdingen kunnen gezien worden als een uitwerking van deze theorie en een manier om nalevingsmotieven, maar ook de nalevingsbereidheid van geregleerden in kaart te brengen. Hoe verhouden deze houdingen zich tot de eerder gepresenteerde handhavingspiramide? De essentie van de piramide is dat het merendeel van bedrijven zich vrijwillig aan regels zouden houden, waarna achtereenvolgens bij elke trap hogere sancties opgelegd kunnen worden door de handhaver om naleving af te dwingen.

Braithwaite (2009, p. 89-93) heeft een voorstel gedaan voor hoe de onderscheiden motiverende houdingen ingedeeld kunnen worden binnen de handhavingspiramide. De gedachte is dat verbondenheid de meest voorkomende houding is bij geregleerden, gevolgd wordt door overgave, weerstand en tot slot onthechting. Omzeiling komt niet voor in de handhavingspiramide omdat deze houding pas later is toegevoegd aan het theoretisch model.

Voor *verbondenheid* is de verwachting dat de geregleerden zich vrijwillig aan regels houden, en mocht dat niet zo zijn, dat zij gemakkelijk overtuigd kunnen worden. Bij *overgave* is intensief contact met handhavers nodig en is naleving te bereiken door samen te werken met de geregleerde. Direct straffen zou bij deze categorie, net als bij verbondenheid, averechts kunnen werken. Met een 'normoverdragend gesprek' of een nadere instructie, kunnen geregleerden die tot deze categorie behoren tot normnaleving worden bewogen.

Hoger in de piramide kunnen meer bestraffende manieren van handhaven worden ingezet. Bij weerstand past waarschuwen en uiteindelijk straffen met een boete. Bij onthechting rest de handhaver niet veel anders dan het hantieren van meer extreme sancties zoals intrekking of opschorting van de vergunning.

Figuur 2.2: Motiverende houdingen en handhavingsopties.

(naar het idee van Braithwaite 2009, p. 80)

2.3 Case: het rookverbod in de horeca

Het concept van de motiverende houdingen is in uiteenlopende studies in Australië, met uiteenlopende soorten regelgeving en gereguleerden, gebruikt. Zo is regelnaleving in verpleeghuizen (Braithwaite et al.1994), veiligheid op de werkplek (Braithwaite 2011), naleving van belastingwetgeving (Braithwaite 2003) en milieuregulering (Bartel & Barclay 2011) onderzocht. In mijn studie heb ik de houdingen toegepast op een heel andere context, namelijk op het rookverbod in cafés, dat in 2008 is ingevoerd in Nederland. Dit verbod wordt gehandhaafd door de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) en was van meet af aan omstreden (zie Weyers & Bantema 2014). Door de vele overtredingen (zie bijvoorbeeld Intraval 2010) is het rookverbod in de horeca een mooie case waarmee nalevingsmotieven kunnen worden blootgelegd. Het rookverbod gold aanvankelijk voor alle horeca. Later is een uitzondering gemaakt voor kleine zaken (eenmanszaken zonder personeel en kleiner dan 70 m²).

Om de nalevingsmotieven te achterhalen zijn in het najaar van 2012 enquêtes gestuurd naar cafés en restaurants. Dit heeft geresulteerd in 209 ingevulde enquêtes van caféhouders en 151 ingevulde enquêtes van restauranthouders. Omdat caféhouders centraal stonden zijn in de zomer van 2013, 23 interviews met caféhouders gehouden. Deze caféhouders waren geselecteerd

op basis van verschillen in naleving en verschillen in de scores op motiverende houdingen (doelgerichte selectie).

Naleving is in de enquête onderzocht in de vorm van zelf-gerapporteerde naleving. Om de zelf-gerapporteerde naleving vast te kunnen stellen zijn vier algemene vragen gesteld (zoals ‘deze zaak houdt zich in algemeen aan het rookverbod’) en drie specifieke (zoals ‘slecht weer kan voor mij een reden zijn om roken toe staan’). De antwoordcategorieën variëren van geheel oneens (1) tot geheel eens (5). In totaal zijn zeven items gebruikt ($\alpha=.93$).

Er zijn 26 stellingen gebruikt om motiverende houdingen te meten. Zes voor verbondenheid ($\alpha = .86$); vijf waarvan ik er drie gebruik voor overgave ($\alpha = .71$); zes waarvan ik er vijf gebruik voor weerstand ($\alpha = .62$); vijf voor onthechting ($\alpha = .73$) en vier waarvan ik drie gebruik voor omzeiling ($\alpha = .73$). Voorbeelden van stellingen zijn: ‘als ondernemer ben je moreel verplicht om je aan het rookverbod te houden’ (verbondenheid), ‘zelfs wanneer de NVWA vindt dat ik iets fout doe zullen ze me respecteren’ (overgave), ‘de NVWA is meer geïnteresseerd je te pakken wanneer je iets fout doet, dan om je te helpen het goed te doen’ (weerstand), ‘ik heb echt geen flauw idee wat de NVWA van me verwacht en het interesseert me ook niet’ (onthechting) en ‘ik vind het leuk om met collega’s te praten over mazen in de wet’ (omzeiling). De antwoordcategorieën variëren van geheel oneens (1) tot geheel eens (5).

2.3.1 Cafés en restaurants verschillen in de zelf-gerapporteerde naleving

Op basis van de zelf-gerapporteerde naleving blijkt dat 37% van de caféhouders aangeven zich niet aan het rookverbod te houden. Voor restaurants blijkt dat volstrekt anders: slechts een klein deel van de restauranthouders (2%) geeft aan zich niet aan het rookverbod te houden. In het onderzoek is gewerkt met gemiddelde scores, waarbij een hogere score een hogere zelf-gerapporteerde naleving betekent (1=laagste naleving en 5=hoogste naleving). Ook uit deze gemiddelde scores blijkt dat restauranthouders een veel hogere zelf-gerapporteerde naleving laten zien ($M=4.70$; $SD= 0.56$), in vergelijking met caféhouders ($M=3.49$; $SD=1.41$). Deze scores zijn weergegeven in tabel 2.1.

Tabel 2.1: Zelf-gerapporteerde naleving naar soort zaak.

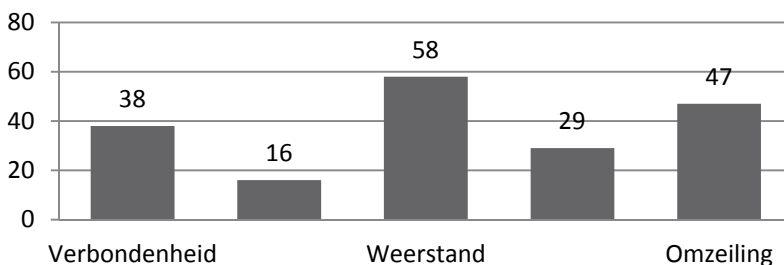
	N	M	SD
Café	178	3.49	1.41
Restaurant	115	4.70	0.56
Totaal	496	3.92	1.31

Deze resultaten laten zien dat binnen een sector, in dit geval de horeca, grote verschillen zijn in de naleving van regelgeving (het rookverbod) tussen soorten zaken, in dit geval cafés en restaurants. De handhaver zou hier rekening mee kunnen houden. In deze bijdrage staat echter niet de naleving centraal, maar juist de motiverende houdingen van gereguleerden. De vraag is of deze verschillen in zelf-gerapporteerde naleving tussen deze twee zaken (cafés en restaurants) ook wordt weerspiegeld in de motiverende houdingen van deze twee soorten horecaondernemers

2.3.2 Motiverende houdingen en verschillen binnen de horeca (cafés en restaurants)

Zoals eerder beschreven zijn de onderscheiden houdingen: verbondenheid, overgave, weerstand, onthechting en omzeiling. Een score van drie of hoger op de geselecteerde stellingen (>3) betekent dat een houding aanwezig is. Caféhouders kunnen tegelijkertijd meerdere houdingen hebben.

Figuur 2.3: Motiverende houdingen van caféhouders (percentages).

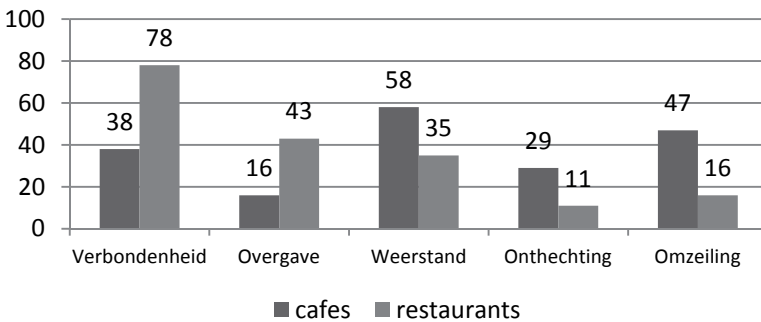


Uit deze gegevens blijkt dat alle vijf houdingen aanwezig zijn bij de geënquêteerde caféhouders. Met name weerstand (58%) en omzeiling (47%) zijn houdingen die veel voorkomen. Ook blijkt bij een substantieel deel van de caféhouders (38%) sprake van verbondenheid.

Net als bij zelf-gerapporteerde naleving hebben we ook de houdingen van caféhouders in perspectief geplaatst, door ze te vergelijken met restaurants. Omdat bij restaurants het rookverbod zonder al teveel problemen is ingevoerd en zij een relatief hoge zelf-gerapporteerde naleving laten zien, zou men een andere samenstelling van motiverende houdingen verwachten ten opzichte van de cafés. Deze veronderstelling wordt bevestigd. Restauranthouders lijken veel positiever over het rookverbod te zijn. Bijna 8 van de 10 (78%) restauranthouders is tot verbondenheid gerekend, meer dan twee keer zoveel dan bij cafés (38%). Ook bij overgave komt een verschil tussen cafés en restaurants naar voren. Bij caféhouders is dit de minst voorkomende houding (16%), terwijl het bij restauranthouders na verbondenheid juist de meest

voorkomende houding is (43%). Er is daarnaast duidelijk minder weerstand bij restaurants (35%) in vergelijking tot cafés (58%). De écht grote verschillen zijn te zien bij onthechting en omzeiling: bijna de helft van de caféhouders scoort hoog op omzeiling (47%) terwijl bij restaurants (16%) veel minder horecaondernemers deze houding delen. Omzeiling lijkt bij caféhouders drie keer zo vaak voor te komen dan bij restauranthouders. Datzelfde geldt voor onthechting. Slechts bij 11% van de restauranthouders komt onthechting voor, terwijl dit bij caféhouders bijna bij een derde voorkomt (29%).

Figuur 2.4: Motiverende houdingen van cafés en restaurants vergeleken (percentages).



In de interviews hebben caféhouders soms aangegeven hoe het kan dat cafés en restaurants zo anders met het rookverbod omgaan. Bijvoorbeeld vanuit het perspectief van cafés: ‘Een rookverbod in een restaurant kan ik me nog voorstellen, als ik aan een biefstukje zit en naast mij iemand met een grote vette sigaar zit, word ik daar niet vrolijk van’ en: ‘In het café zijn de gros van je vaste klanten toch alcoholverslaafden en waarom zouden die geen rookverslaving hebben?’. Ook wordt er een relatie gelegd tussen de duur dat (roken-de) klanten in een zaak zijn en de problemen met het rookverbod: ‘Een ziekenhuis kan ik me voorstellen, een restaurant ook wel, maar waar mensen een langere tijd verblijven, is de tijd zonder een sigaret moeilijker te overbruggen’.

2.3.3 Het ene café is het andere niet

Behalve de verschillen die gerelateerd zijn aan de branche (verschil tussen restaurant en café), blijkt het ook zinvol om onderscheid te maken tussen verschillende soorten cafés. ‘Het café’ bestaat niet. Dit kan met een paar voorbeelden worden geïllustreerd. Op basis van de interviews en de enquêtes (achtergrondkenmerken van cafés) blijkt dat het met name caféhouders met een hoge score op verbondenheid een ander soort cafés zijn dan de overige cafés, waar overwegend weerstand, onthechting en omzeiling is aangetroffen.

Uit de interviews blijkt dat de caféhouders die hoog scoren op verbondenheid voor wat betreft de beroepsachtergrond meer op elkaar lijken dan de caféhouders die hoog scoren op andere houdingen. Zo blijkt dat caféhouders met een hoge score op verbondenheid vaker een familiebedrijf runnen en daarin al lange tijd werkzaam zijn. Zo stelt een caféhouder: ‘De zaak bestaat 107 jaar, waarvan 107 jaar in de familie. Ik ben de vierde generatie en ik doe dit nu al een jaar of dertien’ Een van die caféhouders ziet zichzelf als een grand café: ‘Wij zitten bij de Hertog-Jan vriendenkring, dat is een speciale groep van 200 cafés waar je voor wordt gevraagd om bij te horen. Je merkt in die groep dat de meesten wel rookvrij zijn. Dat zijn gewoon de betere cafés laat maar zeggen, grand cafés. Het zijn over het algemeen de betere cafés, anders word je daar niet voor uitgekozen’

Caféhouders met overwegend weerstand, onthechting en omzeiling hebben een veel gevarieerder achtergrond. Familiebedrijven treft men bij deze houdingen niet aan. De caféhouders met weerstand, onthechting of omzeiling waren voordat ze caféhouder waren, werkzaam als spoorwerker bij de NS, bouwvakker, applicatiebeheerder, redacteur, intercedent, werkend op kantoor bij een bekistingsfirma of grafisch ontwerper. Velen zijn het vak ‘ingerold’, of zoals een respondent het verwoordt: ‘Het was altijd een wens om een keer een horecabedrijf te hebben, een café en ik was hier zelf al klant. Toen het pand te koop kwam dacht ik, “die moet ik aangrijpen, want ik had geen zin om tot mijn 65e achter de computer te zitten”. Ik dacht “ik ga het proberen”. Het is me gelukt, een carrièremove!’.

Weliswaar zijn er ook caféhouders in de categorie ‘weerstand, onthechting en omzeiling’ aangetroffen die al langer werkzaam zijn in de horecabranche, maar het gaat hier om een ander type cafés: ‘Ik heb een café, het is een dorpscafé, een stamkroeg’ en ‘het is een buurtkroeg en dit is dus een arbeiderswijk’.

Deze wat kleinere bruine cafés en buurtcafés zetten zich duidelijk af tegen de eerder beschreven grotere cafés, de grand cafés. Dit blijkt onder andere wanneer er wordt gesproken over de magazines die zij ontvangen van Koninklijke Horeca Nederland (KHN): ‘Als je die blaadjes krijgt, gaat het altijd over de mooiste grote cafés, die hebben met hele andere problemen te maken dan ik, de kleine horeca.’ Een ander voorbeeld: ‘Ik weet zeker dat al mijn collega’s tegen het rookverbod zijn, dan bedoel ik dus echt mijn collega’s van het bruine café. Als ik een krantje krijg uit van horeca uit en thuis dan zie ik mooie foto’s en het gaat meestal over dat je kassa elektrisch moet. We moeten eens kijken wat we de mensen te bieden hebben en een bruin café heeft veel meer te bieden dan als zo’n mooi grand café; die redden zich wel.’

Het lijkt er dus op dat kleine cafés (buurtcafés) meer problemen met het rookverbod ervaren (vaker weerstand, onthechting of omzeiling) dan de grotere cafés (familiebedrijven, grand cafés) waar verbondenheid vaker naar voren komt.

2.3.4 Motiverende houdingen en de zelf-gerapporteerde naleving van caféhouders

De vraag is of motiverende houdingen bijdragen aan het begrijpen en verklaren van verschillen in de naleving van het rookverbod. Op basis van de theorie (en empirie) is de verwachting dat verbondenheid en overgave samenhangen met een hogere zelf-gerapporteerde naleving, terwijl weerstand, onthechting en omzeiling naar verwachting juist samenhangen met een lagere zelf-gerapporteerde naleving.

Overeenkomstig de verwachtingen blijkt verbondenheid ($r=.64$) samen te hangen met een hogere zelf-gerapporteerde naleving ($p<.01$). Dat wil zeggen dat naarmate caféhouders hoger scoren op deze houding, zij ook een hogere zelf-gerapporteerde naleving laten zien. In tegenstelling tot de verwachtingen blijkt overgave niet samen te hangen met de zelf-gerapporteerde naleving ($r=.11$; $p>.05$). Weerstand ($r=-.29$), onthechting ($r=-.40$) en omzeiling ($r=-.52$) blijken samen te hangen met een lagere zelf-gerapporteerde naleving ($p<.01$). De resultaten staan overzichtelijk weergegeven in tabel 2.2.

Tabel 2.2: Samenhang tussen houdingen en zelf-gerapporteerde naleving.

Motiverende houding	Zelf-gerapporteerde Naleving
Verbondenheid	.64 **
Overgave	.11
Weerstand	-.29 **
Onthechting	-.40 **
Omzeiling	-.52 **

** $p<.01$

2.4 Handhaving in context: motiverende houdingen van caféhouders

De conclusie is dat bepaalde houdingen vaker leiden tot naleving dan andere houdingen. Maar hoe zien de houdingen eruit wanneer je met caféhouders spreekt? Welke informatie levert dat op? Hiertoe zijn caféhouders geselecteerd op basis van hun scores op verschillende motiverende houdingen, zodat een zo groot mogelijke variatie in houdingen in kaart kan worden gebracht. In deze paragraaf komen alle de houdingen aan de orde waar de handhaver het verschil zou kunnen maken.

2.4.1 Verbondenheid en overgave

Verbondenheid kenmerkt zich door een positieve houding ten opzichte van het rookverbod. Dit blijkt bijvoorbeeld uit positieve reacties op het voornemen van het kabinet om een strenger en algeheel rookverbod in te voeren: ‘Ik ben altijd al tegenstander van roken geweest, dus ben er heel blij mee.’ Voor de handhaver is dit geen interessante categorie. De houding is een indicatie dat men zich vrijwillig aan regels houdt en handhaving niet dringend noodzakelijk is.

Overgave kenmerkt zich door een negatievere houding ten opzichte van het rookverbod: ‘Wij waren op zich helemaal niet tegen het rookverbod, al vonden we het wel een regeltje van de overheid. Maar goed, dat zijn regels en daar heb je mee te dealen.’ In het vervolg van dat interview blijkt deze geringe betrokkenheid bij het rookverbod van deze respondent eens te meer: ‘Als morgen de wet wordt veranderd, staan de asbakken hier weer terug.’ Bij overgave is dus meer dan bij verbondenheid, behoefte aan toezicht.

Uit de interviews blijkt dat overgave verder wordt gekenmerkt door een samenwerkingsgerichte houding richting de NVWA: ‘Ik heb hele goede ervaringen met de NVWA. Mijn keuken was heel oud toen ik hier begon. De eerste week dat ik hier bezig was, kwamen ze binnenlopen. Ik zeg: “Ja, jullie mogen best komen controleren, maar ten eerste is het niet op orde want ik ben er nog harstikke druk mee bezig om het in orde te krijgen”. Hij zegt: “Nou, ik geef je twee maanden.” Ik zeg: “Prima, afspraak”. En toen kwam hij een maand naderhand binnenlopen met iemand die de bierkelder moest controleren. Hij zegt: “Ja, keurig, u bent al een eind opgeschoten.” Ik zeg: “Ja, dat heb ik beloofd hè en wat ik beloof dat doe ik.”

Later komt in ditzelfde interview de klassieke typering van overgave naar voren bij deze caféhouder die voor hij een café start als kok werkzaam was bij een ander bedrijf: ‘Ik heb bij dat andere bedrijf een keer twee mensen buiten gezet van het VWA. Dat doe ik nooit meer, want dat is me toen heel slecht bevallen, want ze stonden echt iedere week op de stoep. Als ze willen dan vinden ze echt altijd wat. Je kunt het beste gewoon mee werken.’

2.4.2 Weerstand en onthechting

Typerend voor weerstand zijn de volgende reacties waar strijdbaar woorden de boventoon voeren: ‘We zijn natuurlijk al jaren aan het vechten tegen het rookverbod. Het is te gek voor woorden dat in mijn eigen bedrijf niet kan beslissen wat er gebeurt’ en ‘Belachelijke regel, ik kan me er gewoon niet in vinden, ik hou me er nu aan, maar echt met protest.’

Weerstand wordt gekenmerkt door kritiek op de wijze waarop het rookverbod wordt gehandhaafd: ‘Van mij hoeven ze helemaal niet te handhaven natuurlijk, maar het wordt erg oneerlijk zo. Ik ben nu zwaar beboet en dat kost me een hele hoop geld en hier mag niet meer gerookt worden terwijl

collega's nog geen cent kwijt zijn en daar gaan steeds meer mensen naartoe omdat ze daar wel mogen roken.'

Daarbij is ook kritiek op de werkwijze van de NVWA: 'Ze hebben zich compleet niet kenbaar gemaakt. Dit soort controles vind ik ver beneden alle peil. Ik vind dat de politieagent niet achter een boompje moet gaan zitten om de snelheid te controleren. Ik vind dat heel stiekem. Ik vind dat verkeerd volk.'

Bij een andere caféhouder blijkt de manier waarop zij zich behandeld voelt ook weerstand op te roepen: 'Op het moment dat ze jou gewoon met respect behandelen en vriendelijk zijn, het heeft geen nut om daar ontzettend tegen in te gaan, dat is ook niet nodig op het moment dat zij jou ook met respect behandelen. Wanneer ze zich niet kenbaar hebben maken vind ik dat een stuk lastiger en eigenlijk een beetje onbeschoft'. Een andere wijze van inspecteren, waarbij inspecteurs van de NVWA zich wel hadden voorgesteld kon dan ook op meer begrip rekenen bij deze caféhouder: 'De laatste controle was schappelijk, dat waren twee nette mensen, ze behandelden mij ook met respect, ze waren vriendelijk en ze waren aardig.'

Onthechting wordt gekenmerkt door een grote onvrede met het rookverbod. Over de NVWA wordt in de interviews weinig gezegd: er lijkt vooral weinig contact met de NVWA geweest te zijn. Bij onthechting is met name interessant dat de respondenten voorbeelden noemen waaruit blijkt dat de onthechting zich niet beperkt tot het rookverbod, maar tot regelgeving in het algemeen: 'Ik kan niet zomaar zeggen: de wet wordt opgelegd door de overheid en dat moet ik dan maar klakkeloos gaan doen. Ik denk dat je dat gewoon zelf moet kunnen bepalen.'

Daarbij maakt het niet uit dat wetgeving democratisch gelegitimeerd is: 'Het rookverbod in de horeca heeft een Kamermeerderheid gehaald met twee zetels, er stemden 77 van de 150 voor. Een afspiegeling met 2 zetels meer, dat is geen meerderheid' of 'Ik heb niet het idee heb dat er geluisterd wordt naar wat wij te zeggen hebben, dit is een onderonsje tussen de ChristenUnie, VVD en de PvdA en is eigenlijk al beklonken in een soort ruilhandel. Ik heb niet het idee dat horecaondernemers daar nog heel erg in gehoord worden, dat interesseert ze volgens mij eigenlijk helemaal niks'. De Tweede Kamer wordt door deze respondenten omschreven als: 'dat tuig die voor dat rookverbod heeft gestemd, terwijl in het verkiezingsprogramma staat dat ze het niet wilden. Dat rookverbod is alleen maar tot stand gekomen door een partij die andere partijen gedwongen heeft om daar ook voor te stemmen' Deze uitspraken laten zien dat wetgeving meer in het algemeen niet zonder meer geaccepteerd wordt.

Wanneer gereguleerden de democratische uitkomsten niet accepteren (zoals een rookverbod) is het lastig voor een handhaver om via overredende handhavingstijlen (zoals overtuiging en samenwerking) mensen richting naleving te bewegen.

2.4.3 Omzeiling

Omzeiling kent verschillende gezichten bij caféhouders. Soms acteert men strikt binnen de regels, bijvoorbeeld door het personeel te ontslaan en zo onder de uitzondering van het rookverbod te vallen (eenmanszaken zonder personeel). In veel gevallen vindt omzeiling plaats buiten de regels, zodat sprake was van een duidelijke niet-naleving van het rookverbod. Bijvoorbeeld door zich ten onrechte op de uitzondering te beroepen door de zaak kunstmatig te verkleinen: ‘Als ik de deur dicht doe is de ruimte kleiner dan 70 vierkante meter, namelijk 60 vierkante meter.’

Naast het omzeilen van de regel zijn er legio voorbeelden naar voren gekomen van manieren waarop caféhouders de NVWA om de tuin proberen te leiden: ‘We hebben bloemvaasjes gekocht bij de kringloop met kunstbloemen erin en de asbakken weggedaan. De bloemenvaasjes werden onze asbakken.’ of ‘Veel horecaondernemers weten misschien helemaal niet zo verschrikkelijk veel van de wereld, maar ze weten wel wanneer een ambtenaar stopt met werken. Dan denken ze, “als de ambtenaar ligt te slapen, kan ik mijn asbak wel op tafel zetten”. En dat is na 22.00 uur ‘s avonds. Sommigen hebben gedacht, “22.00 uur is een beetje tricky, nou, dan doe ik het na 00.00 uur.”’

Tot slot blijkt dat caféhouders elkaar waarschuwen wanneer de NVWA wordt gezien: ‘Wij hebben hier een belronde. Tegenwoordig hebben we zo’n App. Rokersgroep noemen we die en dan worden er in één keer 50 ondernemers gealarmeerd.’

Caféhouders proberen dus onder de regelgeving uit te komen. Daarbij worden de mazen van de wet opgezocht, maar is soms sprake van regelrechte overtreding. De pijlen richten zich daarbij niet alleen op het rookverbod zelf maar ook op de handhaver (de NVWA).

2.5 Conclusie

Kan kennis over motiverende houdingen bijdragen aan een beter gebruik van handhavinginstrumenten? Op grond van het bovenstaande moet deze vraag positief worden beantwoord. In het onderzoek naar het rookverbod in de horeca zijn vijf houdingen onderscheiden: verbondenheid, overgave, weerstand, onthechting en omzeiling. Deze houdingen weerspiegelen de moeilijke invoering van het rookverbod in cafés (veel weerstand en omzeiling), maar laten ook zien waarom het rookverbod in restaurants (veel verbondenheid en overgave) zonder al teveel problemen ingevoerd kon worden. Ook zonder veel toezicht zou het rookverbod hier mogelijk stand hebben gehouden. Zou een handhaver voor invoering van wetgeving een dergelijk onderzoek uitvoeren, dan zou hij een goed inzicht kunnen krijgen in de situaties waarin handhaving nodig is (in dit geval cafés) en situaties waarin dat minder nodig is

(restaurants). Dit biedt de mogelijkheid om de schaarse middelen (tijd en geld) efficiënter in te zetten. Ook binnen cafés zou nog gedifferentieerd kunnen worden: het ene café het andere niet. Met name kleine buurtcafés vragen om aandacht van de handhaver (geen verbondenheid)

Motiverende houdingen hangen samen met verschillen in de zelf-gerapporteerde naleving van caféhouders. Verbondenheid gaat samen met een hogere zelf-gerapporteerde naleving, terwijl weerstand, onthechting en omzeiling samenhangen met een lagere zelf-gerapporteerde naleving. Overgave, waar de handhaver een belangrijke rol speelt, hangt niet samen met de zelf-gerapporteerde naleving. Houdingen zeggen dus iets over de naleving van het rookverbod.

2.6 Discussie

Wat betekenen deze uitkomsten voor de handhaver? Er zijn globaal drie soorten overtreders, die elk een eigen aanpak vragen. Weerstand is de meest voorkomende houding onder caféhouders. Dat is vanuit het oogpunt van effectiviteit een positief gegeven voor de NVWA, want deze caféhouders zijn ontvankelijk voor een andere werkwijze of veranderingen in regelgeving. Hard straffen kan bij deze caféhouders averechts werken, want ze zijn wel betrokken bij de regelgeving. De NVWA zou bijvoorbeeld winst kunnen halen door niet zondermeer ‘blind inspections’ te doen. Caféhouders met deze houding voelen zich dan onrechtvaardig behandeld.

Omzeiling is een lastige houding voor handhavers en maakt handhaving ineffectief. De gereguleerden leven immers het rookverbod niet na en spelen een spelletje met de handhaver en de regelgeving. Het is daarmee zeker een houding die vanuit de handhaver als problematisch gezien kan worden. Omzeiling vergt primair heldere wetgeving, zonder ruimte of mazen. Deze regel zou dan streng moeten worden gehandhaafd.

Bij onthechting rest de handhaver niet veel anders dan hard optreden en straffen. Waar bij omzeiling verandering van regelgeving mogelijk nog winst zou kunnen opleveren, is dat bij onthechting niet te verwachten. Er lijkt sprake van een onverschilligheid die verder strekt dan alleen het rookverbod: wetgeving wordt niet zonder meer geaccepteerd. Waar bij weerstand een andere werkwijze mogelijk omarmd kan worden, is bij onthechting weinig behoefte aan alternatieven. Een andere werkwijze of overredende handhavingsstijlen zullen hier naar verwachting weinig effectief zijn. Bij onthechting rest de handhaver weinig dan de inzet van de zwaarste straffen om het gewenste gedrag te bereiken: het intrekken van de vergunning en het sluiten van het café.

Bronnen

Ayres & Braithwaite (1992)

I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation: Transcending the de-regulation debate*, New York: Oxford University Press 1992.

Bartel & Barclay (2011)

R. Bartel & E. Barclay, 'Motivational postures and compliance with environmental law in Australian agriculture', *Journal of Rural Studies* 2011 (2), p. 153-171.

Braithwaite (2011)

V. Braithwaite, *Motivations, attitudes, perceptions and skills: Pathways to safe work. report to safe work Australia*. Canberra: Regulatory Institutions Network - Australian National University (ANU) 2011.

Braithwaite (2009)

V. Braithwaite, *Defiance in taxation and governance : Resisting and dismissing authority in a democracy*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing 2009.

Braithwaite (2003)

V. Braithwaite, 'Dancing with tax authorities: Motivational postures and non-compliant actions', in: V. Braithwaite (ed.), *Taxing democracy: Understanding tax avoidance and evasion*, Aldershot: Ashgate Publishing 2003, p. 15-39.

Braithwaite et al. (1994)

V. Braithwaite, J. Braithwaite, D. Gibson & T. Makkai, 'Regulatory styles, motivational postures and nursing home compliance', *Law and Policy* 1994 (4), p. 363-394.

Intraval (2010)

Intraval, *Inventarisatie naleefsniveau rookvrije horeca voorjaar*, Den Haag: Voedsel en Waren Autoriteit 2010.

Kagan & Scholz (1984)

R.A. Kagan & J.T. Scholz, 'The criminology of the corporation', in: K. Hawkins, & J.M. Thomas (eds.), *Enforcing regulation and regulatory enforcement strategies*, Boston, The Hague, Dordrecht, Lanchester: Kluwer-Nijhoff Publishing 1984, p. 67-96.

Nielsen & Parker (2012)

V.L. Nielsen & C. Parker, 'Mixed Motives: Economic, social and normative motivations in business compliance', *Law and Policy* 2012, 34(4), 428-463.

Weyers & Bantema (2014)

H.A.M. Weyers & W. Bantema, 'Over rijdende treinen en vallende dominostenen: Het rookverbod in de Nederlandse horeca', *Beleid en Maatschappij* 2014 (2), p. 104-122.

Wijk & Six (2014)

E.G. Wijk & F.E. Six, *De diversiteit van het willen : Een onderzoek naar de dynamiek van motivaties achter regelnaleving*, Den Haag: Boom Lemma 2014.

Toezicht door datakoppeling: de case van SyRI

Trix Mulder

3.1 Inleiding

Dankzij de ICT hoeft tegenwoordig bijna geen enkele overtreding ongezien te blijven, dit geldt niet alleen voor terroristen, maar ook voor bijvoorbeeld het domein van de sociale zekerheid.¹ Sinds de terroristische aanval op Amerika in 2001 zijn computersystemen en databases ingezet om eventuele terreuraanvallen eerder te signaleren en waar mogelijk te voorkomen.² Het lijkt te werken: in de media wordt regelmatig bericht over een vrijdelde aanslag en de arrestatie van een mogelijke terrorist.³

De mogelijkheden van datakoppeling zijn niet beperkt tot terrorisme. Ook de handhaving van de regels op het terrein van de sociale zekerheid wordt met datakoppeling vereenvoudigt. Met het argument dat elke fraudeur gepakt moet worden teneinde de solidariteit van de sociale zekerheid te bewaken, zoekt de overheid naar de grenzen van de mogelijkheden. Anonieme kliklijnen, hogere straffen voor fraudeurs,⁴ en sinds kort: een datakoppeling waardoor potentiële fraudeurs sneller gesignaleerd kunnen worden. Deze gedachte vormt de basis van SyRI.

Kort samengevat is SyRI een instrument waarmee in een beveiligde omgeving persoonsgegevens kunnen worden gekoppeld en vervolgens geanalyseerd, zodat risicomeldingen kunnen worden gegenereerd. Aan de hand van de risicomeldingen kan het bevoegd gezag gericht toezicht houden. Volgens de wetgever wordt SyRI ingezet in het kader van 'een integraal optreden ter voorkoming en bestrijding van onrechtmatig gebruik van overheidsmiddelen en -voorzieningen op het terrein van de sociale zekerheid en de inkomensafhankelijke regelingen, de voorkoming en bestrijding van belasting- en premiefraude, en het niet naleven van arbeidswetten.'⁵

1. Brodtkin & Marston 2013, p. 271-280.

2. *Kamerstukken II* 2012/13, 30 977, nr. 51.

3. <www.nu.nl/algemeen/3786400/aanslag-verijld-in-nederland-prism-programma.html>.

4. Vonk 2014.

5. *Stb.* 2014, 320.

De vraag die in deze bijdrage centraal staat is hoe SyRI eruit ziet, welke waarborgen het systeem bevat en of deze waarborgen voldoende zijn. In dit hoofdstuk komt eerst de totstandkomingprocedure van SyRI aan de orde. Vervolgens staat de werking van het systeem centraal, alsmede de consequenties bezien vanuit het perspectief van de burger. Daarna komt de vraag aan de orde welke waarborgen in het systeem zijn verwerkt en of deze afdoende zijn. Het hoofdstuk rondt af met een conclusie.

3.2 SyRI

Gegevens van burgers worden steeds vaker opgeslagen in databases van digitale systemen. Dit gebeurt met informatie die de overheid over haar burgers verzamelt, maar ook met gegevens die particuliere bedrijven verzamelen. Koppeling van deze databases levert mogelijk informatie op over afwijkend gedrag. Dit afwijkende gedrag kan vervolgens verder geanalyseerd worden in de vorm van ‘risicomeldingen’ voor frauduleus handelen.

Voor de sociale zekerheid vormt SyRI het platform om gegevens te koppelen. SyRI is vormgegeven als een aanpassing van het Besluit SUWI, dat per 12 september 2014 in hoofdstuk 5a voorziet in een aantal artikelen over dit systeem. In deze paragraaf wordt de totstandkomingsgeschiedenis beschreven, inclusief de kritische noten van zowel het College Bescherming Persoonsgegevens als de Raad van State.⁶

3.3 Totstandkoming van SyRI

3.3.1 Wet SUWI

SyRI vindt zijn grondslag in de Wet SUWI. In de Memorie van Toelichting bij de wijziging Wet SUWI staat de aanleiding voor SyRI op de eerste pagina verwoord:

‘Uitgangspunt is dat wanneer burgers een beroep doen op de sociale zekerheid, zij wet- en regelgeving in acht nemen. Daarbij hoort een juiste opgave van de gegevens die nodig zijn om het uitkeringsrecht (en de uitkeringshoogte) blijvend te kunnen vaststellen. Als burgers niet voldoen aan hun informatieplicht, ontvangen zij onterecht een (te hoge) uitkering. Voor een rechtmatige uitvoering van de sociale zekerheid is het noodzakelijk dat er een adequate controle plaatsvindt op de juistheid en volledigheid van die gegevens. Een belangrijke manier om dit te bereiken – als burgers niet voldoen aan hun

6. <cbpweb.nl/sites/default/files/atoms/files/z2013-00969.pdf>.

informatieplicht – is door gebruik te maken van gegevens die de overheid of andere organisaties met een publieke taak al beschikbaar hebben. De mogelijkheden van gegevensuitwisseling die kunnen bijdragen aan een rechtmatige en doelmatige uitvoering van de sociale zekerheid moeten daarom optimaal worden benut.⁷

De Wet SUWI heeft de wetgevingsprocedure doorlopen: er is een wetsontwerp gemaakt waarvan voornamelijk artikel 54 en artikel 65 Wet SUWI belangrijk zijn voor SyRI. Artikel 54 Wet SUWI maakt het mogelijk de overheidsgegevens te koppelen aan gegevens van drinkwaterbedrijven, energiebedrijven, woningcorporaties,⁸ registers kinderopvang en peuterspeelzaalwerk⁹ en buitenlandse zaken,¹⁰ terwijl artikel 65 Wet SUWI SyRI zelf uitwerkt. Dit wetsvoorstel is naar de Raad van State gestuurd voor advisering. In zijn advies gaf de Raad van State onder andere aan dat het doel te ruim was bepaald.¹¹ De Wet SUWI is vervolgens nog iets aangepast. Belangrijkste wijziging betreft de naam; SyRI heette in het oorspronkelijk wetsvoorstel SARI (Systeem Anonieme Risico Indicatie). Dit dekte niet de feitelijke werking en daar om is het woord ‘anoniem’ weggelaten in het definitieve wetsvoorstel en spreken we nu over het Systeem Risico Indicatie (SyRI).

Gedurende het wetgevingsproces ventileerde het College Bescherming Persoonsgegevens kritiek op het wetsvoorstel.¹² Ook de Raad van State is kritisch over de verruiming van de wet.¹³ Het voornaamste bezwaar is dat de opsomming van mogelijk te gebruiken persoonsgegevens zo ruim is, dat er eigenlijk geen persoonsgegevens meer te bedenken zijn dat niet onder SyRI zullen vallen. De opsomming binnen SyRI lijkt hiermee niet bedoeld om in te perken, maar om zoveel mogelijk armslag te creëren.¹⁴

Deze kritiek is in het parlement verder niet bediscussieerd: in beide Kamers is geen woord gewisseld over de wetswijziging, er zijn alleen schriftelijk een aantal vragen gesteld.¹⁵ Op 13 september 2013 is de wet zonder raadslaging aangenomen in de Tweede Kamer¹⁶ en op 1 oktober 2013 in de Eerste Kamer.¹⁷ De wet is vervolgens op 1 januari 2014 in werking getreden.¹⁸

7. MvT Wet SUWI, p. 1.

8. Art. 54 lid 8 Wet SUWI.

9. Art. 54 lid 2 Wet SUWI.

10. Art. 54 lid 7 Wet SUWI.

11. <www.raadvanstate.nl/adviezen/zoeken-in-adviezen/tekst-advies.html?id=10686>.

12. <www.cbpreweb.nl/downloads_adv/z2013-00969.pdf>.

13. <www.raadvanstate.nl/adviezen/advies.html?id=11339>.

14. <www.raadvanstate.nl/adviezen/advies.html?id=11339>.

15. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 579, nr. 7.

16. <www.eerstekamer.nl/9370000/1/j9vvhwtbnzpbzcc/vjczhxdqs3vw/f=y.pdf>.

17. <www.eerstekamer.nl/9370000/1/j9vvhwtbnzpbzcc/vjdvfofamsqx/f=y.pdf>.

18. <zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2013-497.html>.

3.3.2 Besluit SUWI

Op grond van artikel 65 lid 8 Wet SUWI worden in een Algemene Maatregel van Bestuur nadere regels opgesteld over het samenwerkingsverband dat informatie uitwisselt en de voorwaarden voor het doen van een verzoek om een zogenaamd SyRI-project te starten. Aangezien voor een Algemene Maatregel van Bestuur parlementaire behandeling niet verplicht is,¹⁹ heeft over de wijziging van het Besluit SUWI geen debat plaats gevonden in de Kamers. Al bij het advies voor wijziging van de Wet SUWI gaf de Raad van State aan dat het systeem eenvoudig uit te breiden was tot ‘niet nauwkeurig omschreven organen’.²⁰ Uit het Besluit SUWI blijkt dit ook: uit hoofdstuk 5a in samenhang met artikel 64 lid 1 Wet SUWI volgt dat de reikwijdte van SyRI zo ver is opgerekt dat zelfs ‘andere bestuursorganen en personen voor zover zij zijn belast met een publiekrechtelijke taak en daartoe bij regeling van Onze Minister in overeenstemming met Onze Minister van Financiën zijn aangewezen’ informatie kunnen uitwisselen.²¹

De Raad van State adviseerde om de uitwerking van de mogelijk te gebruiken gegevens op te nemen in het besluit zelf. De aard van de te gebruiken gegevens stond oorspronkelijk in de toelichting bij het besluit. De Raad van State vond dat niet de juiste plek. Dit advies is overgenomen. De gegevens die gebruikt kunnen worden in SyRI zijn: arbeidsgegevens, gegevens inzake bestuursrechtelijke maatregelen en sancties, detentiegegevens, fiscale gegevens, gegevens over roerende en onroerende goederen, handelsgegevens, huisvestingsgegevens, identificerende gegevens, inburgeringsgegevens, nalevingsgegevens, onderwijsgegevens, pensioengegevens, re-integratiegegevens, schuldenlastgegevens, uitkerings- toeslagen- en subsidiegegevens, vergunningen en ontheffingen, en zorgverzekeringsgegevens.²²

De Raad vond bovendien de nadere toelichting over deze gegevens lang niet duidelijk en achtte het noodzakelijk dat de categorieën persoonsgegevens in het ontwerpbesluit kritisch zouden worden bekeken op noodzaak van het delen, subsidiariteit en evenredigheid.²³ Vervolgens zou de omschrijving in het besluit in overeenstemming moeten worden gebracht met deze drie vereisten. De Raad van State geeft bijvoorbeeld aan dat het niet duidelijk is waarom onder schuldenlastgegevens onder meer wordt begrepen: fraudesignalen, geconstateerde overtredingen en opgelegde boetes en maatregelen, dit terwijl schuldenlastgegevens geen strafrechtelijke term is. De Raad van State adviseerde om deze term zo aan te passen dat geconstateerde overtredingen,

19. Boon et al. 2005, p. 96.

20. <www.raadvanstate.nl/adviezen/zoeken-in-adviezen/tekst-advies.html?id=10686>.

21. Art. 64 lid 1 Wet SUWI.

22. <www.raadvanstate.nl/adviezen/advies.html?id=11339>.

23. <www.raadvanstate.nl/adviezen/advies.html?id=11339>.

opgelegde boetes en strafrechtelijke informatie daar niet onder vallen. Dit advies is overgenomen, maar het advies alle omschrijvingen aan te passen aan noodzaak, subsidiariteit en evenredigheid is niet overgenomen. De Minister van Sociale en Werkgelegenheid geeft hierbij aan dat de projecten vanuit SyRI zich kunnen richten op verschillende thema's en het niet wenselijk is om op voorhand gegevens uit te sluiten.²⁴

3.4 De werking van SyRI

3.4.1 SyRI-project

Artikel 5a.1 Besluit SUWI bevat de voorwaarden voor de inzet van SyRI. Het tweede lid beschrijft dat het verzoek van de potentiële projectdeelnemers tot de start van een SyRI-project in ieder geval moet voldoen aan de daar omschreven vereisten. Sub a geeft aan dat vermeld moet worden met welk ander bestuursorgaan wordt samengewerkt en wat de doelstelling van de samenwerking is, hoe de samenwerking is georganiseerd, wat de beoogde aanvangsdatum is en hoe lang de verwachting is dat het SyRI-project gaat duren. In de sub b, c en d staat dat ook moet worden aangegeven welke concrete gegevens worden aangeleverd, hoe de terugkoppeling door de minister moet gebeuren en welke indicatoren aanleiding zijn voor het verzoek.

In het derde lid van artikel 5a.1 Besluit SUWI worden de gegevens benoemd die in het kader van SyRI kunnen worden verzameld, met daarbij een omschrijving wat onder de gegevens valt. Het artikel vermeldt niet uit welke databases deze gegevens gehaald kunnen worden.

Uit het vierde lid van het artikel volgt dat uit het verzoek duidelijk moet worden dat ieder van de betrokken bestuursorganen instemt met het verzoek en dat de bestandslevering is getoetst aan de gegevens die nodig zijn voor de risicoanalyse. Ook moet worden onderbouwd dat de aantasting van de belangen van de betrokken personen niet onevenredig is in verhouding met het doel dat met de inzet van SyRI wordt beoogd. Dit doel staat beschreven in artikel 64 lid 1 Wet SUWI: 'de voorkoming en bestrijding van onrechtmatig gebruik van overheidsgelden en overheidsvoorzieningen op het terrein van de sociale zekerheid en de inkomensafhankelijke regelingen, de voorkoming en bestrijding van belasting- en premiefraude en het niet naleven van de arbeidswetten.'

Ten slotte moet blijken dat er geen minder ingrijpende manier is om het doel dat met de inzet van SyRI is beoogd te bereiken. De Minister stelt een prioritering van de inzet van SyRI op (lid 6) en ook een of meerdere risico-modellen (lid 7).

24. <www.raadvanstate.nl/adviezen/advies.html?id=11339>.

3.4.2 Koppeling van gegevens

Artikel 5a.2 van het Besluit SUWI gaat over de daadwerkelijke koppeling van gegevens door de bewerker. In het tweede lid wordt de Stichting Inlichtingenbureau als bewerker aangewezen. Lid 1 geeft aan dat de bestuursorganen de benodigde gegevens kosteloos en voldoende beveiligd aanleveren bij de bewerker. Lid 3 beschrijft de werkwijze van de bewerker: eerst brengt deze de gegevens samen, daarna creëert hij bestanden met versleutelde gegevens, op een manier dat ze niet meer voor anderen tot natuurlijk personen te herleiden zijn. Vervolgens creëert hij een apart bestand met daarin de sleutels voor ontsluiting. Dan maakt hij bestanden gereed voor koppeling en neemt de gegevens op in SyRI. Hij mag alleen die gegevens ontsleutelen die duiden op een verhoogd risico op onregelmatigheden en slaat die gegevens op in een bestand. Vervolgens verstrekt hij dat bestand aan de minister en vernietigt hij binnen vier weken alle gegevens en bestanden die nog bij hem aanwezig zijn.

Artikel 3 beschrijft hoe de bestanden geanalyseerd worden. De minister analyseert de hem gegeven bestanden en bepaalt welke van deze bestanden leiden tot een risicomelding. Vervolgens verstrekt de minister de risicomeldingen die nodig zijn voor een goede uitvoering van hun wettelijke taak aan de bestuursorganen die het verzoek in eerste instantie hebben gedaan. Indien de minister besluit dat iemand geen onderwerp is van een risicomelding, worden de gegevens binnen vier weken vernietigd. De terugkoppeling van de bestuursorganen aan de minister over de resultaten, vindt plaats binnen twintig maanden na de start van een SyRI-project. Onverminderd deze twintig maanden, worden alle gegevens binnen twee jaar vernietigd, inclusief de gegevens die ontvangen zijn via de terugkoppeling.

Het vierde artikel gaat over de aanvangsdatum en het einde van een SyRI-project. De minister bepaalt de aanvangsdatum nadat het verzoek is ingediend door de bestuursorganen en doet hiervan mededeling in de Staatscourant. Het SyRI-project eindigt zodra de minister de terugkoppeling heeft ontvangen van de bestuursorganen of wanneer hij hiertoe eerder besluit.

3.4.3 Register risicomeldingen

Los van het SyRI-project staat het register risicomeldingen. Dit register wordt omschreven in artikel 5a.4 Besluit SUWI. Lid 1 beschrijft wat het register precies inhoudt: ‘er is een register risicomeldingen waarin gegevens over risicomeldingen worden verwerkt teneinde projectdeelnemers en bestuursorganen te informeren over de risicomeldingen die zijn verstrekt en om subjecten van risicomeldingen op aanvraag te informeren of zijn gegevens in het register zijn opgenomen.’

Lid 2 geeft aan dat de minister verantwoordelijk is voor de verwerking van de persoonsgegevens in het register. Het derde lid geeft aan dat de ge-

vens uit dit register, die noodzakelijk zijn voor de twee doeleinden uit het eerste lid – het informeren van bestuursorganen over risicomeldingen en het informeren van subjecten die navraag doen of ze in het register zijn opgenomen – worden verstrekt aan zowel projectdeelnemers (de bestuursorganen die het verzoek hebben ingediend) als subjecten van het project. Lid 4 benadrukt echter dat de subjecten niet na afloop van het onderzoek afzonderlijk worden geïnformeerd over de risicomeldingen die hen betreffen. Het vijfde lid geeft aan dat wanneer een risicomelding wordt gedaan, deze gegevens direct worden opgenomen in het register en twee jaar bewaard blijven. Lid 6 geeft aan dat de minister moet evalueren aan de hand van de door hem ontvangen terugkoppelingen. Voor deze evaluatie moeten nadere regels worden opgesteld in een ministeriële regeling. Ten slotte stelt lid 7 nog de eis dat van de vernietiging van gegevens, zoals geëist in artikel 5a.2 lid 4, 5a.3 lid 3 en 5 en 5a.5 lid 5 Besluit SUWI, proces-verbaal moet worden opgemaakt. In dit proces-verbaal moet staan op welke manier de gegevens zijn vernietigd, de datum waarop is vernietigd en de locatie waar de vernietiging heeft plaatsgevonden.

3.4.4 Informatie voor de burger

Het belangrijkste gevolg van SyRI is dat fraudeurs die eerder niet werden gevonden, door de koppeling van systemen wel kunnen worden opgespoord. In sommige gevallen kan dit zelfs al voordat daadwerkelijk sprake is van fraude. Als iemand erover nadenkt, zal hij zich op een bepaalde manier gedragen en deze manier kan worden opgespoord door SyRI. Uit de Memorie van Toelichting en artikel 5a.4 lid 4 van het Besluit SUWI blijkt dat SyRI niet preventief gebruikt wordt om toekomstige fraudeurs af te schrikken. De bedoeling van het systeem is om fraudeurs daadwerkelijk te pakken. Er wordt in de Memorie van Toelichting en het besluit nadrukkelijk gezegd dat burgers niet ingelicht moeten worden over het feit dat ze een risicomelding generen, omdat men zich dan mogelijk anders gaat gedragen.²⁵

3.5 Waarborgen

Uitkeringsgerechtigden en mensen die inkomensafhankelijke regelingen aanvragen, zijn hiervoor afhankelijk van de overheid. Het is belangrijk dat deze mensen de juiste informatie doorgeven aan de overheid, zodat het recht op uitkering kan worden vastgesteld. Het is echter ook belangrijk dat de overheid zorgvuldig omgaat met deze uitkeringsgerechtigden. Temeer daar deze groep zeer groot is: uiteindelijk maakt vrijwel iedereen gebruik van

25. MvT Wet SUWI, p. 1.

inkomensregelingen, of het nu de kinderbijslag betreft, de studiefinanciering of de AOW.

SyRI leidt tot een grote inbreuk op de privacy van deze burgers. Dat vergt waarborgen. De wet en de Algemene Maatregel van Bestuur voorzien in een aantal waarborgen. De vraag is echter of deze waarborgen voldoende duidelijk en uitgewerkt zijn.

De eerste waarborg is die van een afdoende wettelijke grondslag. Hiervoor is al aan de orde gekomen dat er een wettelijke grondslag bestaat. Maar zeker voor de gevoelige persoonsgegevens is deze onvoldoende, zo heeft ook de Raad van State gesignaleerd. Er zijn nog twee andere waarborgen die relevant zijn en de privacy van de burger (deels beschermd door het Europees recht) en de betrouwbaarheid van de techniek.

3.5.1 Privacybescherming

In SyRI worden veel persoonsgegevens verwerkt, waaronder mogelijk ook een aantal zogeheten bijzondere persoonsgegevens, als bedoeld in artikel 16 Wet Bescherming Persoonsgegevens. Bijzondere persoonsgegevens in de zin van de Wet Bescherming Persoonsgegevens zijn gegevens over godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindte, gezondheid, seksuele leven, persoonsgegevens over het lidmaatschap van een vakvereniging en ten slotte strafrechtelijke persoonsgegevens.²⁶ De artikelen 64 en 65 Wet SUWI bieden hiervoor de wettelijk grondslag, alhoewel daar alleen wordt gesproken van ‘het verwerken van gegevens’ voor het bestrijden van fraude. Hieruit blijkt niet of er ook bijzondere persoonsgegevens kunnen worden verwerkt in SyRI. In de Memorie van Toelichting is uitdrukkelijk gesteld dat hiervan geen sprake zou zijn: ‘De voorgestelde artikelen 64 en 65 bieden geen grondslag voor het gebruik van bijzondere gegevens in SyRI.’²⁷ Toch kunnen in SyRI in ieder geval twee soorten bijzondere persoonsgegevens worden onderscheiden, namelijk strafrechtelijke persoonsgegevens en gezondheidsgegevens.

Onder strafrechtelijke persoonsgegevens vallen in het geval van SyRI *gegevens inzake bestuursrechtelijke maatregelen en sancties* (gegevens waaruit blijkt dat een persoon een bestuurlijke boete opgelegd heeft gekregen dan wel dat een andere bestuursrechtelijke maatregel is getroffen), *detentiegegevens* (gegevens waaruit blijkt of een persoon rechtens zijn vrijheid is ontnomen of zich onttrekt aan de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of vrijheidsbenemende maatregel; de reden van de vrijheidsontneming is irrelevant), *nalevingsgegevens* (gegevens waarmee de nalevingshistorie van wet- en regelgeving van een persoon kan worden vastgesteld, zoals fraudesignalen, geconstateerde overtredingen, opgelegde boetes en maatregelen en strafrechtelijke informatie) en *schuldenlastgegevens* (gegevens waarmee de eventuele schul-

26. Art. 16 WBP.

27. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 579, nr. 3, p. 22.

den van een persoon kunnen worden vastgesteld, zoals fraudesignalen, geconstateerde overtredingen en opgelegde boetes en maatregelen). Fraudesignalen vallen overigens niet onder strafrechtelijke persoonsgegevens, zolang er nog geen concrete verdenking bestaat. Ook gegevens over bestuursrechtelijke maatregelen zijn niet per se te rekenen tot strafrechtelijke gegevens, maar omdat bestraffende sancties zoals de bestuurlijke boete een punitief karakter hebben, zijn ze in de jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie en zelfs in de Nederlandse discussies, in veel opzichten op een lijn gesteld met strafrechtelijke sancties.²⁸ Hierdoor zou je kunnen stellen dat gegevens over de bestuurlijke boete wel degelijk onder strafrechtelijke gegevens vallen, zoals bedoeld in de Wet Bescherming Persoonsgegevens.

De Raad van State adviseerde, vooral omdat de artikelen 64 en 65 Wet SUWI geen wettelijke grondslag bieden door in de Memorie van Toelichting uitdrukkelijk afstand van te nemen van deze redenering en de detentiegegevens en de gegevens over de bestuurlijke boete uit SyRI te laten en de omschrijving van nalevingsgegevens en schuldenlastgegevens zo aan te passen, dat ze niet meer vallen onder strafrechtelijke gegevens.

De detentiegegevens zijn inderdaad uit de opsomming van gegevens verdwenen en de omschrijving van nalevingsgegevens en schuldenlastgegevens is ingekort. Bij beiden is het deel ‘zoals fraudesignalen, geconstateerde overtredingen, opgelegde boetes en maatregelen en strafrechtelijke informatie’ niet opgenomen in het uiteindelijke besluit.

Volgens de minister is het niet nodig aanpassingen te doen bij de bestuurlijke boetes. Ook al vallen bestuurlijke boetes onder het begrip ‘criminal charge’, volgens de minister betekent dit niet automatisch dat het ook een strafrechtelijk gegeven is in de zin van de Wet Bescherming Persoonsgegevens. Dit is op zijn minst een bediscussieerbaar standpunt.

Voor wat betreft gezondheidsgegevens is het besluit aangepast op advies van de Raad van State. Gezondheidsgegevens gaan nu alleen over gegevens waarmee kan worden vastgesteld *of* iemand verzekerd is voor de Zorgverzekeringswet. Hiermee wordt voorkomen dat gegevens over het feit of iemand een aanvullende verzekering heeft of welke declaraties zijn ingediend, ook kunnen worden gebruikt.

Behalve het soort gegevens dat in het kader van een SyRI-project kan worden gekoppeld, wordt de privacy van burgers ook beschermd door procedurele waarborgen. Om een SyRI-project te starten, moet een verzoek bij de minister worden ingediend door minimaal twee bestuursorganen.²⁹ De vraag is waarom de minister het verzoek tot gebruikmaking van SyRI toetst en niet

28. Bijvoorbeeld EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937; HvJ EU 23 december 2009, zaak C-45/08, r.o. 42; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122-123.

29. Art. 5a.1 sub 1 Besluit SUWI.

een rechter. In het strafrecht is in de voorfase van een stafzaak voorzien in een rechter-commissaris.³⁰ Dit is een rechterlijke toetsing vooraf. De rechter-commissaris moet bijvoorbeeld toestemming geven aan het Openbaar Ministerie om bepaalde opsporingsmethoden, zoals het tappen van telefoons,³¹ in te zetten. Dit gebeurt zonder dat de verdachte hiervan op de hoogte is.

In vergelijking hiermee is de toets van een SyRI-project buitengewoon mager en bevat in ieder geval niet de onafhankelijkheid van een rechterlijke toets. Rechterlijke toetsing vooraf is onafhankelijker en kan de belangen van de overheid afwegen tegen die van de burger. Juist omdat de overheid zelf belang heeft bij het verzamelen van informatie over fraudeurs, is onafhankelijkheid van de grondslag van het SyRI-project van groot belang.

Ten slotte geldt voor de privacybescherming de Europese context als relevante waarborg. De richtlijn over gegevensbewaring (dataretentierichtlijn) bevat de plicht om telefoon en internetgegevens te bewaren gedurende een lange tijd. Deze richtlijn is in het arrest van het Hof van Justitie Europese Unie van 8 april 2014 ongeldig verklaard.³² Volgens het Hof impliceert deze richtlijn ‘een zeer omvangrijke en bijzonder ernstige inmenging in de fundamentele rechten op eerbiediging van het privéleven en op bescherming van persoonsgegevens zonder dat deze inmenging tot het strikt noodzakelijke beperkt blijft.’³³ Deze richtlijn werd gebruikt in de strijd tegen ernstige criminaliteit en daardoor uiteindelijk de openbare veiligheid. In vergelijking hiermee is het belang dat met SyRI wordt gediend, namelijk het pakken van fraudeurs een stuk minder dwingend voor dataretentie. In zoverre is het zeer de vraag of met dezelfde redenering die het Hof hanteert, ook SyRI en vooral het register risicomeldingen, niet een te omvangrijke en ernstige inmenging in de fundamentele rechten betreffen.

3.5.2 Techniek

Behalve privacy is een ander belangrijk probleem de techniek van de koppeling. Nergens is te vinden hoe de koppeling technisch wordt ingericht. Het Besluit SUWI geeft aan dat de gegevens voldoende beveiligd aangeleverd moeten worden bij de bewerker. Dit is echter niet verder gespecificeerd. Ook over het begrip ‘aanleveren’ valt te discussiëren. Valt hieronder alleen het aanleveren van de gegevens op een zogeheten stand-alone omgeving, zoals bijvoorbeeld een USB-stick, of valt hieronder ook het verlenen van toegang

30. Art. 170 lid 2 Sv.

31. Art. 126m Sv.

32. Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van richtlijn 2002/58/EG.

33. <curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054nl.pdf>.

tot deze gegevens aan de bewerker? Als dit laatste het geval is, zal de bewerking van de gegevens op een computer plaats moeten vinden die toegang heeft tot de andere databases en daarmee kwetsbaar is voor eventuele hackers.

Er wordt omschreven dat de bewerker de gegevens samenbrengt en dan versleutelt, zodat ze niet meer te herleiden zijn tot personen. Hij maakt vervolgens een apart bestand met daarin de sleutels voor ontsleuteling. Als er geen risicomelding ontstaat uit de aangeleverde gegevens, worden de gegevens binnen vier weken vernietigt. Indien zich wel een risicomelding voordoet, levert hij de bestanden aan bij de minister, inclusief de sleutels voor ontsleuteling en vernietigt hij daarna ook zijn versie van deze gegevens binnen vier weken. Hoe hij de bestanden aanlevert bij de minister staat niet omschreven in het Besluit SUWI.

3.6 Conclusie en aanbevelingen

Op 12 september 2014 is hoofdstuk 5a SyRI toegevoegd aan het Besluit SUWI. Om dit kunnen bewerkstelligen moest eerst gezorgd worden voor een wettelijke grondslag in de Wet SUWI. De benodigde wijzigingen voor deze wet zijn in beide Kamers aangenomen als hamerstuk, zonder enige parlementaire discussie en de aanpassing is op 1 januari 2014 in werking getreden. Vervolgens is het Besluit SUWI aangepast.

Voor al van de kant van de Raad van State is veel commentaar gekomen op zowel de aanpassing van de Wet SUWI als het Besluit SUWI. Het commentaar is gedeeltelijk overgenomen door de minister. Het advies alle omschrijvingen van gegevens aan te passen aan noodzaak, subsidiariteit en evenredigheid is echter niet overgenomen en ook regels over de werking, organisatie, beschikbaarheid, beveiliging en vernietiging van gegevens kunnen, ondanks het advies van de Raad van State dit op te nemen in het besluit, nog altijd worden gesteld bij ministeriële regeling.

Omdat in SyRI persoonsgegevens worden verwerkt, is de Wet Bescherming Persoonsgegevens van toepassing. Hoewel in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van artikel 64 en 65 Wet SUWI, de wettelijke grondslag voor SyRI, is gezegd dat deze artikelen geen grondslag bieden voor bijzondere persoonsgegevens bleken er toch een aantal bijzondere persoonsgegevens benoemd te zijn in artikel 5a.1 Besluit SUWI. Op advies van de Raad van State zijn deze nu grotendeels zo aangepast dat ze niet meer gebruikt kunnen worden, alleen de bestuurlijke boetes zijn nog een discussiepunt. Volgens de minister zijn dit geen bijzondere persoonsgegevens, volgens de Raad van State wel. De minister heeft deze gegevens dan ook in het besluit laten staan.

Opvallend is dat SyRI uitdrukkelijk niet bedoeld is om burgers te waarschuwen dat ze verkeerde informatie doorgeven aan verschillende overheidsinstanties, om ze zo op hun verantwoordelijkheden te wijzen en de mogelijk-

heid te geven eventueel verkeerd aangeleverde informatie te corrigeren. In de Memorie van Toelichting is nadrukkelijk gezegd dat het de bedoeling is burgers niet proactief in te lichten. Hierbij is SyRI geen preventief systeem of een systeem om mensen af te schrikken maar een systeem bedoeld om mensen die verkeerde informatie aanleveren op te sporen en te beboeten. Er kan namelijk gelijk een boete volgen, er wordt niet gekeken naar de vraag of mensen bewust verkeerde informatie hebben aangeleverd of per ongeluk een fout hebben gemaakt.

Fenger & Voorberg komen in 2013 met de volgende suggestie, die zeker in het geval van SyRI aanspreekt: ‘Gemeentelijke sociale diensten, het UWV en de SVB zouden veel meer inzicht moeten hebben in de aard van en de motivaties achter uitkeringsfraude. Klanten dienen daarvoor veel vaker gezien te worden door klantmanagers en werkcoaches. Dit heeft een drietal effecten: potentiële fraudeurs worden afgeschrikt als ze regelmatig op gesprek moeten komen. Ten tweede kan fraude worden voorkomen omdat klanten bijtijds worden ingelicht en fraudesignalen (...) in een vroeg stadium aan het licht komen. ... Hiervoor dienen werkpleinen en sociale diensten zich echter veel meer te richten op dienstverlening dan op het opsporen en bestraffen van fraudeurs.’³⁴

Bronnen

Literatuur

Boon et al. 2005

P.J. Boon et al., *Regelgeving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Brodkin & Marston 2013

E.Z. Brodtkin & G. Marston (eds.), *‘Work and the Welfare State: Street-Level Organizations and Workfare Politics’*, Washington: Georgetown University Press 2013.

Vonk 2014

G.J. Vonk, ‘Repressieve verzorgingsstaat’, *NJB* 2014 (80), p. 95-102.

Jurisprudentie

EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937 (*Öztürk*).

HvJ EU 23 december 2009, zaak C-45/08 (*Spector Photo Group NV*,

Chris Van Raemdonck tegen Commissie voor het Bank-, Financie- en Asurantiewezen).

34. <www.socialevraagstukken.nl>.

Internet

<www.cbpweb.nl/downloads_adv/z2013-00969.pdf>.
<www.raadvanstate.nl/adviezen/advies.html?id=11339>.
<www.raadvanstate.nl/adviezen/zoeken-in-adviezen/tekst-advies.html?id=10686>.
<www.eerstekamer.nl/9370000/1/j9vvhwtbnzpbzzc/vjczhxdqs3vw/f=y.pdf.
<www.eerstekamer.nl/9370000/1/j9vvhwtbnzpbzzc/vjdvfofamsqx/f=y.pdf.
<zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2013-497.html>.
<curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054nl.pdf>.
<zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2014-320.html>.

Sanctiecumulatie: het voorbeeld van rijden onder invloed

Dominique de Haas

4.1 Inleiding

Op of omstreeks 14 april 2012 heeft in de gemeente Groningen een eenzijdig ongeval plaatsgevonden, waarbij een personenauto van eigenaar betrokken was. Deze auto werd ten tijde van het ongeval bestuurd door gedaagde, die op dat moment zodanig onder invloed van alcohol verkeerde dat het besturen van de auto hem wettelijk verboden was. Gedaagde is langer dan vijf jaren in het bezit van zijn rijbewijs en aldus geen beginnend bestuurder. Het door de politie bij gedaagde vastgestelde alcoholpromillage bedroeg 1,53 promille. Als gevolg van het ongeval is schade aan overheidseigendom (lees: lantaarnpaal) ontstaan.

Deze fictieve, maar niet hypothetische casus geeft aanleiding om het verschijnsel van sanctiecumulatie te verkennen. Door de overheid wordt vaker gekozen voor steeds zwaardere sancties, waarbij sanctionering niet enkel als ultimum remedium wordt gebruikt.¹ De zware sancties binnen de verschillende rechtsgebieden dienen vaak andere doelen, waardoor cumulatie juridisch niet onmogelijk is. De losstaande zware sancties worden door de cumulatie van verschillende rechtsgebieden verder verzwaard. De vraag is echter of de uitkomst door de stapeling van sancties nog evenredig is.

Vooraf enkele opmerkingen over de begripsvorming. De begrippen sanctie en proportionaliteit nemen een centrale rol in binnen de verschillende rechtsgebieden, waardoor de begrippen eenvoudig gebruikt kunnen worden bij het bespreken van de cumulatie.² Een sanctie is immers een maatregel gericht op de handhaving van een rechtsregel. Het begrip ‘sanctie’ heeft niet enkel betrekking op geldboetes in het strafrecht of herstelsancties in het bestuursrecht, maar ook op civielrechtelijke (aansprakelijkheids-) consequen-

1. Ouwerkerk et al. 2009; Van den Bunt et al. 2007.

2. Van Emmerik & Saris 2014.

ties.³ De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit spelen een belangrijke rol bij de sanctieoplegging in het straf- en bestuursrecht. Daarnaast wordt bij de sanctieoplegging in het vermogensrecht steeds meer ruimte voor deze beginselen vrijgemaakt. Er kan in ieder geval, ook in het civiel recht, gesproken worden van beginselen waarbij de inbreuk van de sanctie niet groter mag zijn dan noodzakelijk is voor de bereiking van het beoogde doel.⁴

De sancties uit verschillende rechtsgebieden kunnen cumuleren, dat wil zeggen: tegelijkertijd worden opgelegd. Deze cumulatie zal in de volgende paragrafen naast de lat van proportionaliteit worden gelegd om de vraag naar proportionele bestraffing bij een stapeling van sancties te kunnen beantwoorden. In paragraaf 2 komt de proportionele bestraffing aan bod. In paragraaf 3 komen de soorten sancties aan de orde, meer in het bijzonder voor wat betreft het rijden onder invloed. Paragraaf 4 behandelt de verhouding tussen de verschillende soorten sancties. Tot slot volgt in de conclusie een beknopt antwoord op de centrale vraag naar de grenzen van sanctiecumulatie.

4.2 Doelen van sanctionering

Het rijden onder invloed kan binnen drie verschillende rechtsgebieden worden gesanctioneerd: strafrechtelijk, bestuursrechtelijk en, indien er schade is toegebracht, civielrechtelijk. Het begrip sanctie wordt in brede zin gebruikt, breder dan het begrip straf. Het opleggen van een straf ziet, zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk gezien, op leedtoevoeging en vergelding. Een sanctie daarentegen is de maatregel gericht op de handhaving van een rechtsregel. Een sanctie dient aldus de toepassing van rechtsregels of beoogde doelstellingen te bevorderen en ziet niet enkel op bestraffing, maar op de handhaving van het objectieve recht.⁵ Sancties kunnen vervolgens naar de doeleinden reparatoir of punitief worden ingedeeld. Punitiviteit kan vervolgens worden onderverdeeld in retributieve (vergelding) en repressieve (preventie) sancties.⁶

Beïnvloeding van het gedrag van de burger is het generale doel van sanctieoplegging.⁷ Het gedrag van de burger zou door het dreigen met de oplegging van een sanctie dermate te sturen zijn, waardoor de burger in de toekomst geen normen schendt. ‘Sancties zijn gericht op het bewaren van de goede orde der dingen’⁸ oftewel middelen om de naleving van een voorschrift

3. Bröring et al. 2012.

4. Hartlief 1997.

5. Wagner 2007.

6. Stolp 2007, p. 34.

7. Kronenberg & De Wilde 2012.

8. Wagner 2007.

af te dwingen. Een sanctieoplegging dient telkens kritisch getoetst te worden aan de vraag wie of wat van de sanctieoplegging beter wordt.⁹

Bij deze kritische toetsing is een rol weggelegd voor het proportionaliteitsbeginsel. De opgelegde sanctie dient immers in verhouding te staan met de ernst van normschending. De betekenis van het proportionaliteitsbeginsel verschilt per soort sanctie. In het geval van een herstelsanctie ziet het proportionaliteitsbeginsel op een doel-middelafweging, waarin geen sprake mag zijn van kennelijke onredelijkheid. Dit betekent dat de gevolgen van de herstelsanctie niet zwaarder mogen zijn dan strikt noodzakelijk. Er dient telkens gezocht te worden naar het minst vergaande alternatief. Is er echter sprake van een bestraffende sanctie, dan volstaat een proportionele toetsing die enkel op de rechtvaardiging van de straf ten opzichte van de ernst van de normschending ziet. Het bestaan van minder ingrijpende sancties is hierbij irrelevant.¹⁰

Klassieke beginselen als het ‘ne bis in idem’ beginsel, waarbij een burger niet tweemaal voor hetzelfde feit bestraft mag worden, en het ‘una via’ beginsel, waarbij het orgaan een keuze dient te maken tussen de openstaande procedures en later niet op de keuze terug mag komen, spelen hierbij een rol. Deze beginselen, onder andere gecodificeerd in het wetboek van strafrecht en de Awb, zien er op toe dat de overheid haar bevoegdheden niet overschrijdt, waar ze bestraffend optreedt.¹¹

Als gesteld: sancties zijn doorgaans gericht op gedragsverandering. Deze gedragsverandering kan worden bereikt door middel van een directe confrontatie met een informatievervalsing van de positieve effecten en negatieve gevolgen van normconform gedrag c.q. overtredingen.¹² Hierbij past de kanttekening dat de overheid vaak ‘vlucht’ in steeds zwaardere sancties als oplossing voor het bereiken van normconform gedrag. Over het algemeen bezien is er geen bewijs te vinden dat hogere sancties zouden leiden tot minder overtredingen. Sanctionering, specifiek met betrekking tot de zware sancties, heeft weliswaar effect op de korte termijn, maar kan onwenselijke neveneffecten met zich meebrengen.¹³

Bij de kans op normnaleving dient een onderscheid te worden gemaakt tussen gevangenisstraffen en geldboetes. Een gevangenisstraf wordt als dermate ernstige sanctie beschouwd dat het daadwerkelijke opgelegde aantal jaren gevangenisstraf in de beleving van de overtreder van geringe betekenis

9. Wagner 2007.

10. Stolp 2007, p. 34.

11. Het ‘ne bis in idem’ beginsel is gecodificeerd in art. 68 Sr. Daarnaast ligt het het ‘ne bis in idem’ beginsel volgens de Afdeling besloten in art. 4:6 Awb (ABRS 8 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT9533 r.o. 2.3.1.). Het ‘una via’ beginsel wordt geregeld door art. 243 Sv en 5:44 Awb.

12. Ouwerkerk et al. 2009, p. 70.

13. Ouwerkerk et al. 2009, p. 70.

is en aldus haast geen invloed heeft op het verkeersgedrag. Geldboetes zijn daarentegen relatief lage sancties, waardoor een verhoging van ongeveer 20% wel invloed heeft op het verkeersgedrag. De frequentie, de zichtbaarheid en de onvoorspelbaarheid van verkeerscontroles hebben daarnaast een generaal-preventief effect op de normnaleving, waardoor een verbetering van verkeersveiligheid kan worden bewerkstelligd. Een optimaal effect van sanctiëring kan enkel worden bereikt indien rekening wordt gehouden met de mogelijkheden van de burger om het verkeersgedrag daadwerkelijk te veranderen.¹⁴ Idealiter gaat hier een combinatie van toezicht en sanctieoplegging mee gepaard.¹⁵

De wetgever bemoeilijkt sanctiëring op maat door de ‘vlucht’ in stevige sancties en daarbij de beleidsvrijheid van het strafopleggende bestuursorgaan te reduceren. Er ontstaat bijvoorbeeld een ‘lik op stuk’- beleid. Indien beleidsvrijheid voor het bestuursorgaan overblijft, is er in ieder geval nog ruimte om de omstandigheden van het geval in ogenschouw te nemen en bijvoorbeeld lagere boetes op te leggen.¹⁶

4.3 Sancties

Terugkomend op de in de inleiding genoemde case, waarbij gedaagde een eenzijdig ongeval heeft veroorzaakt ten gevolge van het rijden onder invloed, kan gedaagde, zoals eerder vermeld, zowel strafrechtelijk, bestuursrechtelijk als civielrechtelijk worden gesanctioneerd. Welke sancties brengen een dergelijke normschending met zich mee?

4.3.1 Sancties strafrecht

Het besturen van een voertuig onder invloed van alcohol zoals in de onderhavige case het geval is, is een overtreding van art. 8 Wegenverkeerswet 1994 (WvW 1994) oftewel een verkeersmisdrijf. Een dergelijk verkeersmisdrijf kan verschillende consequenties tot gevolg hebben.¹⁷ Indien de officier van justitie de gedaagde dagvaardt voor het verkeersmisdrijf en de rechter, ervan uitgaande dat de gedaagde geen beroep kan doen op strafuitsluitingsgronden, aan de vierde materiële vraag van sanctieoplegging toe komt, zijn er verschillende bestraffende sancties die aan de gedaagde opgelegd kunnen worden.¹⁸

De rechter zal voor de sanctieoplegging bij de oriëntatiepunten en afspraken LOVS te rade gaan. Bij deze oriëntatiepunten weegt de rechter mee dat

14. SOWV 2013, p. 6.

15. Ouwerkerk et al. 2009, p. 71.

16. Bröring et al. 2012.

17. Kronenberg & De Wilde 2012.

18. De Hullu 2011.

een aanrijding heeft plaatsgevonden, een eenzijdig ongeval, waardoor een opschaling van de strafmaat plaatsvindt. Daarnaast werd bij de strafbepaling rekening gehouden met mogelijke bestuursrechtelijke sancties, zoals deelname aan een alcoholslotprogramma (ASP). Een dergelijke deelname kan een matigend effect hebben op de op te leggen sanctie. Tot slot neemt de rechter in haar oordeel mee of gedaagde de schade aan de gedupeerde al dan niet (vrijwillig) heeft vergoed. Op grond van artikel 14 lid 2 onder 1 e Sr kan de bereidheid om de schade te vergoeden een strafverlagend effect met zich mee brengen. De civielrechtelijke gehoudenheid tot schadevergoeding blijft echter bestaan en kan aldus worden afgedwongen. De bereidheid tot schadevergoeding leidt niet expliciet tot strafvermindering, maar de rechter houdt bij de bepaling van de strafrechtelijke sanctie er in de praktijk rekening mee.¹⁹

In een concreet geval zoals beschreven in de inleiding, waarbij een alcoholpromillage is vastgesteld van 1,53 promille bij een bestuurder die niet geldt als beginnend bestuurder, zal de strafrechtelijke sanctie € 750 aan boete en een onvoorwaardelijke ontzegging van de bevoegdheid om motorrijtuigen te besturen (OBM) voor de duur van zes maanden zijn.²⁰

4.3.2 Sancties bestuursrecht

De bestuursrechtelijke sancties met betrekking tot het rijden onder invloed worden opgelegd door het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR), als zelfstandig bestuursorgaan, in opdracht van het ministerie van Infrastructuur en Milieu.²¹

De door het CBR op te leggen maatregelen zijn afhankelijk van de ernst van de alcoholovertreding en het aantal jaren dat de bestuurder in het bezit is van een rijbewijs. De wetgever heeft het CBR geen discretionaire bevoegdheden toegekend, waardoor het CBR geen rekening houdt met individuele omstandigheden. De wetgever heeft bij het formuleren van de regelgeving de belangenafweging al gemaakt.²² Wanneer het gaat om alcohol in het verkeer is het CBR bevoegd om een Lichte Educatieve Maatregel Alcohol en verkeer (LEMA) en een Educatieve Maatregel Alcohol en verkeer (EMA) op te leggen. Tot voor kort kon hier het alcoholslotprogramma (ASP) aan worden toegevoegd. Al deze maatregelen zijn door de wetgever als herstelmaatregelen gekwalificeerd.²³ De kosten van deze maatregelen worden in zijn geheel gedragen door de overtreedende burger. De Educatieve Maatregel Gedrag en Verkeer (EMG) als ‘cursus over verantwoord rijgedrag’ blijft vanwege de geringe relatie met betrekking tot alcohol in het verkeer buiten beschouwing.

19. Smidt 2011, p. 436.

20. Oriëntatiepunten voor straftoemeting 2014 LOVS.

21. Damen et al. 2012.

22. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 896, nr. 3 (MvT).

23. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 896, nr. 3 (MvT).

De LEMA is de lichtste, door het CBR, op te leggen sanctie. Deze ‘korte cursus over alcohol en verkeer’ is geschikt voor burgers die onder invloed van alcohol, met een promillage van 0,8-1,0 promille, aan het verkeer hebben deelgenomen en minder dan vijf jaren in het bezit zijn van een rijbewijs. Het doel van deze cursus is tweeledig: preventie en waarschuwen. Het CBR waarschuwt de burger vroegtijdig voor de gevolgen van alcohol in het verkeer en probeert herhaling van rijden onder invloed komen. De kosten voor deze cursus, gedragen door de burger, bedragen € 318,- aan opleggingskosten, € 96,- voor de uitvoering van de cursus en € 112,- voor de planning, coördinatie en afronding van de cursus. Dit komt aldus neer op een totaalbedrag van € 526,-.²⁴

De EMA, ‘cursus over alcohol en verkeer’, wordt opgelegd aan burgers die onder invloed van alcohol, met een promillage van 1,0-1,3 promille of een tweede maal met een promillage boven de 0,8 promille, aan het verkeer hebben deelgenomen. Het doel van deze cursus in vergelijking tot het doel van de LEMA is verdergaand. Het CBR probeert een gedragsverandering te bewerkstelligen met betrekking tot het gebruik van alcohol en verkeersdeelname. De kosten van de EMA bedragen in totaal € 840,-. Bestaande uit kosten voor de uitvoering à € 410,-, opleggingskosten à € 318,- en kosten voor de planning, coördinatie en afronding van de cursus à € 112,-. De overtreder is deze bedragen verschuldigd aan het CBR.

Voor beide cursussen geldt dat bij een positieve afsluiting van de cursus het rijbewijs van de deelnemer geldig blijft. Indien de cursus negatief wordt afgesloten heeft dit tot gevolg dat het rijbewijs ongeldig wordt verklaard. Deze ongeldigverklaring brengt logischerwijs met zich mee dat de gemeente niet tot afgifte van een nieuw rijbewijs over kan gaan totdat de cursus wel met goed gevolg is afgerond. De burger kan tegen deze ongeldigverklaring bezwaar aantekenen. Het aantekenen van bezwaar (art. 8:1 jo. 7:1 Awb) heeft geen schorsende werking. Indien meer dan drie jaren verstreken zijn nadat het rijbewijs ongeldig is verklaard, dient de burger een Eigen Verklaringsprocedure op te starten om in het bezit te komen van een rijbewijs. De Eigen Verklaringsprocedure is een volledig heronderzoek met betrekking tot de geschiktheid en deskundigheid voor het besturen van een motorrijtuig.²⁵

Het ASP is de zwaarste en meest besproken door het CBR op te leggen maatregel.²⁶ Deze maatregel heeft vanaf de invoer veel weerstand ondervonden. Deze weerstand had onder meer betrekking op de kwalificatie van deze sanctie als reparatoir. Inmiddels hebben zowel de Hoge Raad als de Afdeling

24. Vorderingsprocedure via <www.cbr.nl>.

25. Vorderingsprocedure via <www.cbr.nl>.

26. Hof ‘s-Gravenhage, 22 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3017.

bestuursrechtspraak van de Raad van State de sanctie als leedtoevoegend gekwalificeerd.²⁷ Met als gevolg dat het ASP niet meer wordt opgelegd.

Voorheen werd het ASP opgelegd aan bestuurders met een promillage tussen de 1,3-1,8 promille. Met het ASP beoogde de wetgever het aantal verkeersdoden en ziekenhuisgewonden te reduceren.²⁸ Een alcoholslot is wordt ingebouwd als een startonderbreker in de auto. De auto start pas indien de bestuurder in het alcoholslot heeft geblazen. Ook gedurende het autorijden dient de bestuurder periodiek te blazen. Het blaasapparaat registreert vervolgens onder andere de gegevens met betrekking tot het promillage, het aantal keren en de tijdstippen van het blazen. Een deelnemer van het ASP dient elke 46 dagen de geregistreerde gegevens uit te laten lezen bij een uitleesstation. Na het uitlezen zal het CBR de data analyseren.²⁹ De inbouw van een alcoholslot brengt met zich mee dat de deelnemer slechts in de auto met alcoholslot mag autorijden. Het rijden in een ander voertuig wordt gezien als het rijden zonder rijbewijs en aldus een nieuwe overtreding van de wet.

Het ASP gaat gepaard met een verplicht begeleidingsprogramma, waarbij is voorzien in een motivatieprogramma van drie dagdelen in de eerste zes maanden in de vorm van een groepsessies en een eindsessie. In dit motivatieprogramma wordt getracht om het persoonlijke alcoholgebruik inzichtelijk te maken.³⁰ Het ASP werd in beginsel voor minimaal twee jaar opgelegd. Indien bleek dat de deelnemer aan het einde van de opgelegde periode niet in staat was om zonder alcohol aan het verkeer deel te nemen, werd de periode verlengd met weer zes maanden, totdat het doel van het ASP was bereikt. Het was steeds het CBR dat dit moest beoordelen. Verlenging werd opgelegd indien uit de registratie bleek dat in de laatste zes maanden op zijn minst eenmaal een blaaspoging is geregistreerd met een promillage hoger dan 0,2 promille. Weigering tot medewerking aan het ASP of fraude brengen een uitsluiting van deelname aan het programma met zich mee, waardoor het rijbewijs voor vijf jaren ongeldig werd verklaard.³¹

Bij de dronken bestuurder in de inleiding was een promillage van 1,53 promille vastgesteld. Voor het arrest van de Hoge Raad zou een ASP worden opgelegd. De bestuurder zou de komende twee jaar niet in een andere auto kunnen rijden en telkens in het alcoholslot moeten blazen. De kosten van het ASP zouden ook moeten worden betaald door de bestuurder: € 300,- voor het opleggen van de maatregel; € 760,- voor de uitvoer van het ASP, beide bedragen te voldoen aan het CBR; € 2.771,- voor inbouw en uitlezen alcoholslot, te voldoen aan de aangewezen leverancier van het alcoholslot; en tot slot € 55,- voor het aanvragen van een nieuw rijbewijs met codering 103.

27. HR 20 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:18, conclusie 14/04940, ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

28. Houwing et al. 2011.

29. Vorderingsprocedure via <www.cbr.nl>.

30. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 896, nr. 3 (MvT), p. 8.

31. Vorderingsprocedure via <www.cbr.nl>.

4.3.3 Sancties civiel recht

Naast strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering kan ook worden gesanctioneerd met behulp van het civiele recht. Deze sancties worden vaak aanvullend opgelegd, bijvoorbeeld in de vorm van een civiele vordering van de politieagent die bij de arrestatie is bedreigd. Bovendien gebruikt de overheid soms de regulering van het verzekeringsrecht (verplichte dekking, of juist uitsluitingen) om civiele claims mogelijk te maken. Er zijn dus twee soorten sancties die aan het civiele recht kunnen worden ontleend: de overheid kan zelf schade claimen en via de verzekering van die schade kunnen sancties worden opgelegd.

Voor de claim van de overheid als gedupeerde is van belang of bij een claim een onaanvaardbare doorkruising van publiekrechtelijke bevoegdheden ontstaat.³² Bovendien is van belang dat ‘het ontbreken van de publiekrechtelijke weg (...) een aanwijzing kan zijn voor het uitsluiten van de privaatrechtelijke weg’.³³

De bestuurder van het motorrijtuig kan aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 6:162 BW. Bij schade heeft de bestuurder inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht door het vernielen van overheidseigendommen (art. 6:162 lid 2 BW). Het veroorzaken van de schade is te wijten aan de schuld van gedaagde, het rijden onder invloed, en kan aldus worden toegerekend. Rechtvaardigingsgronden zijn niet van toepassing (art. 6:162 lid 1 jo. lid 3 BW). Tot slot dient de vraag beantwoord te worden of de geschonden norm tot bescherming van de gelede schade strekt. Deze vraag kan enkel bevestigend worden beantwoord, aangezien het eigendomsrecht het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben.³⁴

De aansprakelijkheid op grond van art. 185 WvW1994 kan gezien worden als een kwalitatieve aansprakelijkheid en laat andere aansprakelijkheden, zoals de eerder behandelde onrechtmatige daad, onverlet. De eigenaar of houder van het motorrijtuig kan in zijn hoedanigheid van eigenaar c.q. houder aansprakelijk worden gesteld, tenzij er sprake is van overmacht. Toegepast op de case kan de gemeente als publiekrechtelijke rechtspersoon de eigenaar c.q. houder van het motorrijtuig aansprakelijk stellen voor de gelede schade. Er is geen sprake van overmacht, aangezien de gemotoriseerde rechte een verwijt kan worden gemaakt. De oorzaak van het ongeval valt immers te vinden in het alcohol gebruik van de bestuurder.³⁵

In de casus die behandeld is in de inleiding kan de gedupeerde, in casu de gemeente Groningen, twee personen aansprakelijk stellen voor de gelede

32. HR 26 januari 1990, AB 1990, 408, r.o. 3.2. (*Windmill arrest*).

33. HR 11 december 1992, AB 1993, 301 (*Brandweerkosten arrest*).

34. Spier & Hartlief 2012.

35. Spier & Hartlief 2012.

schade. Beide aansprakelijkheden worden in beginsel gedekt door de verplichte Wet aansprakelijkheidsverzekeringen motorrijtuigen (WAM)-verzekering, tenzij de WAM-verzekeraar een ‘alcoholclausule’ in de polis heeft opgenomen. Deze ‘alcoholclausule’ is in vrijwel alle autocascoverzekeringen opgenomen en houdt een uitsluiting van uitbetaling door de verzekeraar in bij het niet in staat zijn om het voertuig naar behoren te besturen door het gebruik van alcohol in. Indien de ‘alcoholclausule’ in de WA-verzekering is opgenomen dient de verzekeraar derden schadeloos te stellen en de schade op de verzekerde te verhalen.³⁶ Schade ontstaan als gevolg van het rijden onder invloed kan door de verzekeraar niet worden uitgesloten op basis van opzet of voorwaardelijk opzet.³⁷ Er van uit gaande dat de gemeente voor de weg van art. 6:162 BW kiest en de alcoholclausule in de WA-polis is opgenomen, zal de verzekeraar de schade aan de gemeente vergoeden. Vervolgens zal de verzekeraar de schade aan de lantaarnpaal à €800,- op de gedaagde verhalen.

4.4 Verhouding sancties

De zojuist besproken sancties kunnen in beginsel naast elkaar bestaan en naast elkaar worden opgelegd. De enige regel is dat niet tweemaal een punitieve sanctie wordt opgelegd (ne bis in idem/una via) en dat het eindresultaat niet onevenredig of disproportioneel is, in die zin dat de overtreder zwaarder wordt gestraft dan de gevolgen van de overtreding rechtvaardigen.

Bij deze belangenafweging geldt in algemene zin dat over het rijden onder invloed niet al te licht gedacht kan worden. Dit verkeersmisdrijf kent een grote mate van verwijtbaarheid en geldt als een ernstig opzetdelict. De formulering van dit opzetdelict is begrijpelijk in het licht van het publieke belang dat ermee wordt gediend. De overheid dient het belang van de samenleving als geheel te behartigen. Sanctionering van wetsovertredingen worden binnen ons rechtssysteem als een noodzakelijk gevolg gezien.³⁸ De sancties zijn bovendien op zichzelf staand geschikt om de normschendingen met betrekking tot het rijden onder invloed tegen te gaan.

De financiële consequenties van alle sancties tezamen maken echter dat de sanctiecumulatie disproportioneel uitvalt. De overtreder wordt bedreigd met een boete van € 750, een rijontzegging van zes maanden, een ingebouwd alcoholslot die de overtreder ongeveer € 3.900 kost en een schadevergoeding aan overheidseigendommen van ongeveer € 800. Juist door de cumulatie van sancties, meer in het bijzonder door de omvang van de sanctie die in het kader van de bestuursrechtelijke aanpak wordt toegevoegd, is het resultaat

36. VMP 2012.

37. HR 13 januari 2006, LJN: AU3715, *NJ* 2006, 282.

38. Westerman & Mackor 2008.

dus disproportioneel. Reden waarom zowel de Afdeling als de Hoge Raad het ASP als punitief kwalificeren, waardoor de cumulatie met de strafrechtelijke boete en rijontzegging niet langer mogelijk is.

4.5 Samenloop tegengaan?

Cumulatie van strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en civielrechtelijke sancties maakt de verhoudingen van de sancties voor zowel de burger als de bevoegde organen onoverzichtelijk. De strafrechter heeft de mogelijkheid om rekening te houden met opgelegde bestuursrechtelijke en civielrechtelijke sancties. De handelwijze van de strafrechter is hierbij echter wel beperkt, aangezien deze binnen de wettelijke kaders dient te blijven. Het CBR beschikt daarentegen bij de besluitvorming in het kader van de bestuursrechtelijke sancties (ASP, EMA, LEMA) niet over de mogelijkheid om rekening te houden met individuele omstandigheden, aangezien een discretionaire bevoegdheid ontbreekt. De civiele rechter zal bij art. 6:162 BW te rade gaan en tot de conclusie komen dat de gedaagde de schade aan het overheidseigendom dient te vergoeden. Met strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties wordt geen rekening gehouden. De schade dient immers aan de gedupeerde vergoed te worden.

Kortom: cumulatie van sancties met betrekking tot het rijden onder invloed kan worden tegen gegaan door het huidige systeem te verruilen voor een sanctiesysteem waarbij de sanctiebevoegdheid bij slechts een orgaan ligt. De opgeknipte sancties met betrekking tot het rijden onder invloed kunnen tot één sanctie worden teruggebracht. Dit zorgt voor overzichtelijkheid voor burger en uitvoerend orgaan. De positieve effecten van de verschillende systemen kunnen gecombineerd worden en de negatieve effecten weggestreept. Een voorbeeld van een dergelijk negatief effect valt te vinden in het niet beschikken over discretionaire bevoegdheden zoals bij het CBR. ‘Er moet ruimte blijven voor maatwerk in het individuele geval, de wetgever kan niet van tevoren de sanctieoplegging volledig dichttimmeren en de op te leggen straf voor alle gevallen vastleggen’.³⁹ Het uitvoerend orgaan dient bij het opleggen van de sanctie voldoende vrijheid te hebben om deze op de individuele omstandigheden van de burger af te stemmen.

Idealiter komt de bevoegdheid van een dergelijke sanctieoplegging bij een rechter te liggen. De strafrechter lijkt daarvoor de meest aangewezen instantie. Door bestuursrechtelijke sancties over te hevelen naar het strafrecht, kan de rechter een integrale beoordeling geven over de redelijkheid van alle sancties tezamen.⁴⁰

39. Barkhuysen & Van Emmerik 2015.

40. Houwing et al. 2011.

4.6 Conclusie

In de inleiding werd een case geschetst waarin gedaagde een eenzijdig ongeval had veroorzaakt ten gevolge van het rijden onder invloed. De proportionaliteit speelde niet enkel bij de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctie een rol, maar ook het vorderen van schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW, het civiel recht, dient in verhouding te staan met de geschonden norm. Deze verschillende sancties kunnen volgens de wetgever gecumuleerd worden als gevolg van de verschillende doelen die de sancties onafhankelijk van elkaar dienen.

Het feit dat verschillende sancties voor hetzelfde feit kunnen worden opgelegd druist in, het civiel recht hier buiten gelaten, tegen zowel het ‘ne bis in idem’ beginsel als het ‘una via’ beginsel. Zowel de rechter als het CBR hebben mogelijkheden toegekend gekregen om de burger te ‘straffen’ en maken beide gebruik van deze bevoegdheid. De overheid zou moeten kiezen van welke weg zij gebruikt wenst te maken. Tussen het civiel recht enerzijds en het strafrecht en bestuursrecht anderzijds worden geen moeilijkheden voorzien. Het civiel recht ziet enkel op het onrecht dat in casu de overheid is aangedaan door het beschadigen van het overheidseigendom. Het uitgangspunt in het civiel recht ‘een ieder draagt zijn eigen schade, tenzij een grond bestaat om deze schade af te wentelen’ is ook in de verhouding tussen overheid en burger van toepassing.

Doorbreking van de ‘samenloop’ tussen de verschillende rechtsgebieden (strafrecht, bestuursrecht en civiel recht) kan plaats vinden door over te gaan op een sanctiesysteem, waarin slechts een orgaan bevoegd is tot sanctieoplegging. Dit orgaan dient hierbij voldoende vrijheid te hebben om de sanctie naar individuele omstandigheden af te wegen. Een dergelijke wijze van sanctionering zorgt niet enkel voor redelijke sanctionering, maar ook voor overzichtelijkheid voor burger en het bevoegde orgaan.

Kortom, de proportionaliteit is in het geding bij de sanctiecumulatie opgelegd voor het rijden onder invloed en het veroorzaken van een eenzijdig ongeval. Het opleggen van de verschillende sancties, waardoor de burger streng gestraft wordt, heeft niet noodzakelijk positieve effecten voor de toekomst.

Bronnen

Literatuur

Barkhuysen & Van Emmerik 2015

T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Alcoholslot exit', *NJB* 2015/543.

Van de Bunt et al. 2007

H. van de Bunt, J. van Erp & K. van Wingerde, 'Hoe stevig is de piramide van Braithwaite', *Tijdschrift voor Criminologie* 2007 (4).

Bröring et al. 2012

Bröring et al., *Referentiekader geldboetes*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012.

Damen et al. 2012

L.J.A. van Damen et al., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: BJu 2012.

Van Emmerik & Saris 2014

M. van Emmerik & C. Saris, *Evenredige bestuurlijke boetes* (Preadvies VAR), Den Haag: BJu 2014.

Hartlief 1997

T. Hartlief, 'Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht', *Ars Aequi* 1997 (4), p. 196-202.

Houwing et al. 2011

S. Houwing et al., *Schatting van het aandeel verkeersdoden als gevolg van rijden onder invloed van alcohol*, Leidschendam: SWOV 2011.

De Hullu 2011

J. de Hullu et al., *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2011.

Ten Kate 2015

S.N.M. ten Kate, 'Het alcoholslotprogramma: de geest terug in de fles', *Verkeersrecht* 2015/44.

Kronenberg & De Wilde 2012

M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlands strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Ouwerkerk et al. 2009

J.W. Ouwerkerk, F. van Harreveld & J. van der Pligt, *Streng doch rechtvaardig?*, Den Haag: BJu 2009.

Spier & Hartlief 2012

J. Spier & T. Hartlief, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012.

Smidt 2011

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht (volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.)*, Haarlem: Tjeenk Willink 2011.

SOWV 2013

Stichting SOWV, Wetenschappelijk Onderzoek Verkeersveiligheid, *Sanc-ties in het verkeer: een vergelijking tussen het terrein van de verkeersvei-ligheid en de jeugdcriminaliteit*, Den Haag: SWOV 2013.

Stolp 2007

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming: de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en pro-portionaliteit*, Deventer: Kluwer 2007.

Wagner 2007

K. Wagner, *Sancties in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2007.

Westerman & Mackor 2008

P.C. Westerman & A.R. Mackor, *vormen van (de?)regulering*, Den Haag: BJu 2008.

Van Wijk 2012

H. van Wijk, 'Alcoholslotprogramma', *ALIBI* online 28 juli 2012.

Jurisprudentie

HR 20 januari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:8.

HR13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3715.

HR 11 december 1992, AB 1993, 301 (*Brandweerkosten arrest*).

HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (*Windmill arrest*).

Hof 's Gravenhage 22 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3017.

ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622

ABRS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1409.

ABRS 8 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT9533

Juridische eisen van naming and shaming

Hilde van der Waaij

5.1 Aanleiding

In het kader van effectief handhaven zijn de toezichthouders op zoek naar nieuwe instrumenten. Het openbaar maken van inspectiegegevens, al dan niet in de vorm van *naming and shaming*, is daar een voorbeeld van.¹ De laatste jaren wordt er steeds meer toezichtinformatie gepubliceerd door de toezichthouders.² Zo heeft het AFM in september 2014 het bericht gepubliceerd dat de vier grote accountantskantoren onder verscherpt toezicht zijn gesteld omdat ze niets hebben gedaan met een eerder advies van de AFM.³ Ook de onderwijsinspectie haalt geregeld het nieuws. In het voorjaar van 2014 was er nog ophef over de publicatie van de gemiddelde Cito-scores per school. Het Cito zelf en de meeste schoolbestuurders vrezen dat ouders hun keuze slechts gaan baseren op de Cito, terwijl die toets geen garantie is voor de ‘beste’ school voor hun kind, maar geldt als een onafhankelijk hulpmiddel ter ondersteuning van het advies van de leraar.⁴ RTL Nieuws vindt daarentegen openbaarheid van deze scores juist belangrijk en publiceert jaarlijks een lijst met de beste scholen die onder meer op die Cito-scores is gebaseerd.⁵

Deze voorbeelden gaan allemaal over het openbaar maken van informatie over ondertoezichtgestelde instellingen. Het openbaar maken van dit soort gegevens heeft als keerzijde dat reputatieverlies plaatsvindt: volgens Van Erp de zwaarste straf die men maar kan krijgen: ‘(r)espect, aanzien, betrouwbaarheid en geloofwaardigheid. Voor veel professionals vormt dit hun belangrijk-

-
1. De wet biedt steeds meer mogelijkheden voor het openbaar maken van inspectiegegevens. Zo is er momenteel een voorstel van wet aanhangig (*Kamerstukken II* 2014/15, 34 111, nr. 2) om zowel in de Gezondheidswet als in de Wet op de jeugdzorg een wetsartikel op te nemen met de mogelijkheid tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving.
 2. Meijer 2004, p. 12-13.
 3. Piersema & Couwenbergh 2014.
 4. Lindhout 2013.
 5. RTL Nieuws, ‘Publicatie Cito-scores: kijk hoe jouw school scoort’, RTL Nieuws 20 september 2013, <www.rtlnieuws.nl/nieuws/special/publicatie-cito-scores-kijk-hoe-jouw-school-scoort>.

ste kapitaal.⁶ Een financiële sanctie is vaak makkelijker te herstellen dan een beschadigde reputatie. Het verlies van reputatie kan leiden tot ontslag of faillissement van een bedrijf. Dit blijkt uit een zeer recent voorbeeld rondom kamerlid Mark Verheijen van de VVD. Dit kamerlid moest opstappen nadat zijn reputatie in het geding was geraakt door een rapport van de commissie integriteit van de VVD. In dat rapport werd geoordeeld dat ‘een aantal declaraties van Verheijen in strijd zijn met het opgestelde beoordelingskader van de partij’, maar dat ‘los van de declaraties (...) er geen sprake is van overtredingen of ernstig verwijtbaar handelen door Verheijen.’⁷ Het geld kon hij wel terugbetalen, maar zijn reputatie was al verloren: hij voelde zich toch genoodzaakt om op te stappen.

Naming and shaming maakt gebruik van hetzelfde reputatiemechanisme. Dat is meteen de keerzijde van *naming and shaming*, het is niet te voorspellen wat de uiteindelijke effecten ervan zullen zijn. Daarom is het van belang dat *naming and shaming* met voldoende waarborgen is omkleed. Dit leidt tot de volgende onderzoeksvraag: ‘In hoeverre biedt het huidige gebruik van *naming and shaming* voldoende waarborgen?’

5.2 Afbakening

Naming and shaming wordt in dit hoofdstuk gedefinieerd naar de definitie van Michiels: ‘openbaarmaking van informatie door overheidsinstanties als middel om personen, bedrijven of instellingen dan wel diensten of producten daarvan in een kwaad daglicht te stellen, doorgaans omdat ze wettelijke voorschriften (zouden) hebben overtreden.’⁸ Het gaat altijd om gegevens van een of enkele personen of bedrijven en niet om de hele populatie (tenzij iedereen de wet overtreed).⁹ Openbaarmaking van gegevens door de overheid wordt actieve openbaarmaking genoemd, zo wordt onderscheid gemaakt met passieve openbaarmaking waarbij op verzoek informatie openbaar wordt gemaakt.

Van Erp definieert *naming and shaming* ook wel als: ‘de actieve, niet geanonimiseerde publicatie van overtredingen en sancties door publieke toezichthouders.’¹⁰ Zij maakt daarbij een duidelijk onderscheid tussen enerzijds het publiceren van prestatiegegevens, kwaliteitsoordelen en inspectierapporten in het kader van regulier toezicht en anderzijds de publicatie van namen van overtreders. Alleen dit laatste noemt zij *naming and shaming*. Dit onder-

6. Van Erp 2009, p. 11-13.

7. ‘VVD’er Mark Verheijen stopt als Kamerlid na ophef om integriteit’, NU.nl 27 februari 2015, <www.nu.nl/politiek/4000988/vvder-mark-verheijen-stopt-als-kamerlid-ophef-integriteit.html>.

8. Michiels 2007, p. 11.

9. Michiels 2007, p. 13.

10. Van Erp, 2009, p. 16.

zoek gaat er echter net als Michiels van uit dat *naming and shaming* een breder onderwerp is dan publiceren over overtreders. Ook op andere wijzen kan de overheid informatie verschaffen over het functioneren van personen, bedrijven en instellingen.

Dit onderzoek richt zich op *naming and shaming* door de toezichthouder. Als voorbeeld van *naming and shaming* wordt nagegaan hoe de AFM, de NVWA en de onderwijsinspectie toezichtinformatie publiceren. Toezichtinformatie bestaat uit gegevens die zijn verzameld door de toezichthouder. Deze inspectiegegevens bestaan onder meer uit gegevens over naleving en overtreding van de wet en de opgelegde sancties.¹¹ Dit kan bijvoorbeeld in de vorm van prestatiegegevens, kwaliteitsoordelen en inspectierapporten.¹² De selectie van de toezichthouders is gemaakt door te kijken naar toezichthouders die *naming and shaming* toepassen, die in het nieuws zijn geweest en door verschillende branches te nemen. Binnen de reikwijdte van dit onderzoek wordt niet ingegaan op de sterk bediscussieerde vraag of *naming and shaming* geldt als een straf.¹³

5.3 Methode

Om de waarborgen voor *naming and shaming* in een aantal procedures in kaart te brengen, wordt eerst in algemene zin een normatief kader geschetst. Vervolgens wordt onderzocht, door zowel literatuuronderzoek als online praktijkonderzoek, hoe *naming and shaming* bij drie toezichthouders door de wetgever is ingericht. In de conclusie wordt de onderzoeksvraag beantwoord door te kijken hoe het normatief kader door de wetgever is uitgewerkt bij de verschillende toezichthouders.

5.4 Normatief kader

Naming and shaming door publicatie van toezichtinformatie vindt plaats door toezichthouders. Deze toezichthouders zijn onderworpen aan de bestuursrechtelijke normenkader. De eisen die aan *naming and shaming* worden gesteld, zijn dan ook ontleend aan een bestuursrechtelijke normering van overheidshandelen in het algemeen. Deze zijn te vinden in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Drie beginselen zijn in het bijzonder van belang: het legaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel dat zich laat samenvatten als effectieve rechtsbescherming.

11. Michiels 2007, p. 15.

12. Van Erp, 2009, p. 16.

13. Zie over deze vraag onder meer Michiels 2007, p. 13 en p. 47-54. Zie ook Reuveny 2012, p. 21-26, p. 39-46.

5.4.1 Wettelijke grondslag

Het legaliteitsbeginsel eist dat elke overheidshandelen is gebaseerd op een wettelijke grondslag.¹⁴ Dit geldt zeker voor zover het overheidshandelen de vrijheid of rechten van burgers aantast. Omdat *naming and shaming* reputatieschade kan toebrengen, ligt het voor de hand om ook voor het publiceren van toezichtinformatie een wettelijke grondslag te eisen. Uit deze grondslag moet duidelijk blijken welk doel *naming and shaming* dient.¹⁵ Dit is van belang omdat een bestuursorgaan een bevoegdheid niet mag gebruiken voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend, ook wel het verbod van ‘*détournement de pouvoir*’ (art. 3:3 Awb).¹⁶ Er zijn twee typen wettelijke grondslagen voor openbaarmaking van toezichtinformatie: de algemene grondslag van art. 8 Wob en de grondslag in bijzondere wetten.¹⁷

Wob als grondslag voor openbaarmaking

Sommige toezichthouders publiceren toezichtinformatie op grond van de Wet openbaarheid van bestuur. De vraag is of de Wob een voldoende grondslag biedt voor openbaarmaking van toezichtinformatie. In artikel 8 Wob is de grondslag te vinden voor de situatie waarin de overheid uit zichzelf informatie actief openbaar maakt, zoals bij *naming and shaming*.

In de literatuur zijn de meningen verdeeld over de vraag of de Wob een goede grondslag biedt voor publicatie van toezichtinformatie. Volgens Michiels en Wildeboer is de Wob niet bedoeld voor *naming and shaming*.¹⁸ Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever met de Wob heeft gedoeld op het publiceren van beleid, niet van gegevens over specifieke personen of bedrijven.¹⁹ Dit standpunt wordt volgens zowel Michiels als Wildeboer ondersteund doordat de wetgever allerlei specifieke wettelijke bevoegdheden voor de openbaarmaking van overheidsinformatie heeft gemaakt.²⁰ Daalder & Pietermaat zijn juist van mening dat artikel 8 Wob wel als grondslag voor *naming and shaming* kan dienen.²¹ Zij stellen dat het openbaar maken van (sanctie)besluiten juist in het belang is van een goede en democratische bestuursvorming, zoals artikel 8 Wob eist, omdat het laat zien hoe een bestuursorgaan gebruik maakt van zijn handhavingsbevoegdheden. Mocht de wetgever de openbaarmaking van sanctiebesluiten op een bepaald terrein of

14. Damen et al. 2009, p. 51-56.

15. Damen et al. 2009, p. 56-61.

16. Damen et al. 2009, p. 51-57 en p. 371.

17. Michiels 2007, p. 29.

18. Michiels 2007, p. 32 en zie de noot van L.J. Wildeboer bij ABRvS 10 november 2010 (OPTA/ECS), *JB* 2010, 176.

19. *Kamerstukken I* 1986/97, 19 859, nr. 3, p. 29-30.

20. Michiels 2007, p. 30-35. Zie de noot van L.J. Wildeboer bij ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468 (OPTA/ECS), *JB* 2010, 176.

21. Daalder & Pietermaat 2007, p. 146-152.

van een bepaalde toezichthouder onwenselijk vinden, dan kan dat in een specifieke wet worden geregeld.²²

Bijzondere wettelijke grondslag

Naast de Wob biedt vaak ook de bijzondere wet een grondslag om tot publicatie van toezichtinformatie over te gaan. Deze grondslagen zijn specifiek dan art. 8 Wob, er wordt specifiek vermeld voor welke toezichtgegevens de grondslag dient. Soms gaat de grondslag slechts over het publiceren van sanctiebesluiten, maar dit kan ook bestaan uit het publiceren van andere gegevens. Voorbeelden daarvan zijn artikel 1:97 Wft over de publicatie van een last onder dwangsom en artikel 21 Wot over de publicatie van inspectierapporten.²³

5.4.2 Procedure voor publicatie

Publicatie van toezichtinformatie vergt zorgvuldig toezichtonderzoek. Het bestuursorgaan moet zeker zijn dat de informatie die het publiceert, is gebaseerd op een juiste weergave van de feiten. Hiervoor gelden de algemene normen uit de Algemene wet bestuursrecht: een bestuursorgaan moet de kennis vergaren die nodig is voor de uitoefening van zijn bevoegdheid (art. 3:2 Awb). Hiertoe wordt onder meer de burger in de gelegenheid gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken (art. 4:7 en 4:8 Awb). Meer in het bijzonder voor de publicatie van toezichtgegevens geldt dat soms de vereiste spoed zich verzet tegen het horen van de belanghebbende (art. 4:11 aanhef en onder a Awb).²⁴ Dit is zeker het geval indien met publicatie van bevindingen gevaarlijke situaties worden voorkomen.

Daarmee verschuift de aandacht naar een andere eis: het bestuursorgaan moet belangen afwegen voor dat het de informatie publiceert (art. 3:4 lid 1 en 2 Awb). Door publicatie wordt immers doorgaans nadeel toegebracht aan de overtreder, die rechtvaardiging behoeft in een (ander) belang of een algemeen belang. Meer specifiek geldt voor de vraag *wat* er kan worden gepubliceerd, dat de Wet bescherming persoonsgegevens (meer in het bijzonder art. 8 en 9 Wbp) van belang is. Uit deze artikelen volgt wanneer publicatie van persoonsgegevens noodzakelijk dan wel verboden is. In art. 10 Wob staan nog specifieke weigeringsgronden voor gevallen waarin gegevens niet mogen worden gepubliceerd.

22. Reuveny 2012, p. 16.

23. Michiels 2007, p. 32-33.

24. Damen et al. 2009, p. 336-350.

5.4.3 Rechtsbescherming

Effectieve rechtsbescherming bij publicatie van toezichtinformatie heeft een bijzondere complicatie. Immers: voor een effectieve rechtsbescherming is noodzakelijk dat het (rechts)gevolg van de beslissing om te publiceren nog niet in werking treedt op het moment dat de belanghebbende deze beslissing wil betwisten. Het eenmaal publiceren van toezichtinformatie kan niet meer ongedaan worden gemaakt. Het ligt daarom in de rede om – in weerwil tot het algemene systeem van het bestuursrecht – bezwaar of beroep een schorsende werking toe te kennen.

Voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming is verder van belang dat de openbaarmaking van toezichtinformatie wordt gekwalificeerd als een besluit. Meestal zal de openbaarmaking van informatie echter een feitelijke handeling van de toezichthouder zijn. Wel bestaat er de mogelijkheid om deze handeling toch te kwalificeren als een besluit. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (vanaf nu: ABRvS) heeft in elk geval duidelijkheid verschaft over actieve openbaarmaking op grond van de Wob. In de zaak *OPTA/Yarosa* heeft de ABRvS geoordeeld dat de openbaarmaking van informatie door de overheid op grond van art. 8 Wob een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb oplevert.²⁵ De vraag is nu of deze jurisprudentie van de ABRvS ook mag worden toegepast op openbaarmaking op grond van een andere wettelijke regeling.

5.4.4 Tussenconclusie normatief kader

In de kern komt het er op neer dat *naming and shaming* proportioneel en effectief moet zijn: het mag niet meer schade veroorzaken dan nodig en het gewenste doel moet worden behaald. Deze grondnorm leidt tot verschillende meer concrete eisen aan de *naming and shaming*. Ten eerste eist het legaliteitsbeginsel dat er een wettelijke grondslag moet zijn voor de publicatie. Uit deze grondslag moet duidelijk blijken welk doel *naming and shaming* dient.

Ten tweede moet de publicatie van de toezichtinformatie zorgvuldig zijn voorbereid. Deze zorgvuldigheid blijkt uit: het uit eigen beweging kennis vergaren; horen van de burger; afwegen van de betrokken belangen door onder meer het bekijken van de weigeringsgronden maar ook de noodzakelijkheid van publicatie te vinden in artikel 10 Wob, artikel 8 en 9 Wbp; en gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld. Ten derde is het van belang dat de rechtsbescherming effectief is. Daarvoor is wenselijk dat de openbaarmaking wordt gekwalificeerd als een besluit. Daarnaast is het belangrijk dat bezwaar of beroep schorsende werking heeft.

25. ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9903 (*OPTA/Yarosa*).

5.5 *Naming and shaming* bij drie toezichthouders

Na de schets van de algemene eisen die bij *naming and shaming* een rol spelen, is interessant om na te gaan in hoeverre drie toezichthouders zich aan deze eisen houden. Er wordt daarbij gekeken naar de grondslag en het doel van openbaarmaking, de inhoud van en procedure voor publicatie en ook naar de rechtsbescherming.

5.5.1 Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit

De Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) publiceert informatie over het toezicht op de naleving van de Warenwet. Het gaat daarbij onder meer om de naleving van hygiëneregels door restaurants.

Grondslag en doel van de openbaarmaking

De grondslag voor openbaarmaking van toezichtgegevens door de NVWA is artikel 8 Wob.²⁶ De beoogde doelen bij de openbaarmaking zijn: transparantie bieden aan partijen binnen de (voedsel)productieketen, het vertrouwen van de consument in het handelen van de overheid en het vermogen van het niveau van naleving bij gecontroleerde.²⁷ Specifiek over horeca wordt gezegd: ‘Door het openbaar maken van de inspectieresultaten krijgen consumenten de kans inzicht te krijgen in de voedselveiligheid. En ondernemers kunnen zich onderscheiden en laten zien dat zij voldoen aan de regels voor veilig voedsel.’²⁸

Inhoud van de openbaarmaking

In beginsel wordt alle informatie over toezicht openbaargemaakt, tenzij gegevens zijn vergaard voor een ander doel dan controle op de naleving en vooraf is bepaald dat deze gegevens niet openbaar worden gemaakt. Hierbij wordt een belangenafweging gemaakt, waarbij rekening wordt gehouden met onevenredige benadeling en schending van privacy in het kader van de Wbp en de Wob. De *naming* gebeurt zeer gedetailleerd: naast het type bedrijf/instelling worden ook de NAW-gegevens van de locatie waar de activiteiten worden uitgevoerd gepubliceerd. De NVWA publiceert één lijst met alle horeca aangelegenheden. Er is sprake van *shaming* doordat per inspectieonderwerp een eindoordeel wordt gegeven: ‘voldoet’, ‘te verbeteren’, ‘verscherpt toezicht’ en ‘geen recente gegevens’. Indien sprake is van een overtreding, dan wordt dat meegenomen in het eindoordeel. Het oordeel ‘voldoet’ wordt enkel gegeven indien er geen of alleen verwaarloosbare over-

26. Er wordt echter gewerkt aan verankering van deze grondslag in de gezondheidswet, zie daarvoor *Kamerstukken II* 2014/15, 34 111, nr. 2.

27. NVWA kader, p. 5.

28. NVWA folder, p. 2.

tredingen zijn geconstateerd. Het oordeel ‘voldoet niet’ wordt gegeven indien sprake is ernstige overtredingen waarbij een bestuurlijke strafbeschikking of een boeterapport is opgelegd. De publicatie omvat onder meer de reactie van het bedrijf op het te openbaren oordeel en bij het oordeel essentiële contextuele informatie als uitleg van het inspectieonderwerp en het oordeel.²⁹

Procedure voor publicatie

Bij een overtreding is er ruimte voor verbetering, binnen uiterlijk vier maanden zal een herinspectie volgen. Publicatie van het oordeel vindt plaats na het verstrijken van een termijn van zes weken nadat het oordeel van de NVWA aan de overtreder bekend is gemaakt. De NVWA zendt voor de openbaarmaking van zijn oordeel de te openbaren gegevens naar de betrokkene die twee weken heeft om zijn zienswijze kenbaar te maken. De gegevens worden op de NVWA-website gepubliceerd. Onder meer via de ‘horeca inspectiekaart’. Deze informatie is ook beschikbaar als app voor mobiele telefoons. De ‘horeca inspectiekaart’ is op vier manieren doorzoekbaar op: naam, plaatsnaam of postcode, type bedrijf en het resultaat van de beoordeling.³⁰

Rechtsbescherming

De beslissing om te publiceren wordt genomen in een appellabel besluit. Binnen zes weken na publicatie kan een bezwaarschrift worden ingediend. Het bezwaar schorst de werking van de publicatie niet. Indien de overtreder de publicatie wil voorkomen, dan zal hij bij de bestuursrechter moeten verzoeken om een voorlopige voorziening, zodat de gegevens pas worden gepubliceerd nadat bezwaar of beroep is afgehandeld.³¹

5.5.2 Autoriteit Financiële Markten

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) houdt toezicht op financiële instellingen. De bevoegdheden van de AFM zijn gebaseerd op de Wet op het financieel toezicht. Indien de AFM een overtreding constateert, biedt de Wft de bevoegdheid om deze informatie te publiceren.

Grondslag en doel van de openbaarmaking

Het hoofddoel van de publicatie van toezichtinformatie is om partijen op financiële markten te waarschuwen. Normoverdracht is een belangrijk neveneffect omdat partijen zo meer zicht krijgen op de handelswijze van de toezichthouder. Dit zorgt voor ‘een betere voorlichting en bescherming van

29. NVWA kader, p. 5-7 en p. 9-13. Op p. 9-13 zijn tabellen te vinden met uitleg over de eindoordelen.

30. NVWA kader p. 11, 14 en 16. Zie ook NVWA folder p. 2-4. Zie de website van NVWA voor de meeste actuele ‘horeca inspectiekaart’.

31. NVWA juridische procedure, p. 1-3.

de consument' en voor het bevorderen van het 'adequaat functioneren van de financiële markten.'³²

Inhoud van de openbaarmaking

In de Wft zijn drie typen besluiten die allen zijn bedoeld als openbare waarschuwing. Dit zijn het besluit waarin een vermoeden van met name genoemde zware overtredingen wordt geuit (art. 1:94-1:96 Wft), het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete (art. 1:97-1:98 Wft) en het besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom (art. 1:99 Wft). Er wordt enkel informatie gepubliceerd van de financiële ondernemingen die de wet overtreden. Van de ondernemingen worden enkele vertrouwelijke gegevens en inlichtingen openbaar gemaakt indien deze niet herleidbaar zijn tot afzonderlijke personen (art. 1:89 Wft).³³

Procedure voor publicatie

Voor de publicatie van de drie typen besluiten gelden deels verschillende regels. Het belangrijkste verschil is dat alleen voor de publicatie van een boete of last onder dwangsom een publicatieplicht geldt. Bij het vermoeden van een zware overtreding geldt dat niet, maar moet de toezichthouder een belangenafweging maken. Uit de publicatie moet dan blijken dat er een redelijk vermoeden is en dat nog niet is vastgesteld dat de overtreding is begaan.

Een ander verschil betreft de termijn tussen kennisgeving en publicatie. Voor artikel 1:94 en 1:97 Wft geldt een termijn van vijf werkdagen na de dag waarop de betrokken persoon in kennis is gesteld van het besluit tot openbaarmaking. Artikel 1:99 Wft geeft geen termijn voor het publiceren van een last onder dwangsom: publicatie gebeurt pas wanneer de dwangsom wordt verbeurd. Omdat doorgaans aan de last zal worden voldaan zonder dat een dwangsom is verbeurd, wordt de last onder dwangsom meestal niet gepubliceerd. Voor alle besluiten geldt dat onmiddellijk tot publicatie kan worden overgegaan indien de bescherming van de belangen die de wet beoogt te beschermen geen uitstel toelaten (art. 1:96 lid 3 en art. 1:100 Wft). Overigens is het platform voor publicatie in alle gevallen de website van de AFM. In het nieuwsoverzicht worden dagelijks de verbeurde lasten onder dwangsom en bestuurlijke boetes gepubliceerd. Soms zal er ook een persbericht volgen of wordt er een advertentie geplaatst.³⁴

Rechtsbescherming

Opvallend is dat in de Wft ervoor is gekozen om het voornemen tot publicatie een besluit te noemen zodat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open-

32. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 301-302 en p. 417.

33. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 302-303 en p. 417-418.

34. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 34, p. 27 en *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 39, p. 418-420.

staat. Hierdoor kan betrokkene bij de voorzieningenrechter om een schorsing van de beschikking verzoeken in de vijf dagen tussen het voornemen en de daadwerkelijke publicatie. Artikelen 1:96 lid 2, 1:97 lid 3 en 1:99 lid 2 Wft bepalen dat dan de werking van het besluit wordt opgeschort tot de uitspraak van de voorzieningenrechter.³⁵ Artikel 1:101 Wft geeft nadere regels indien is verzocht om een voorlopige voorziening, deze bepalen wanneer het onderzoek plaatsvindt met gesloten deuren. Een reden voor de rechter om de openbaarmaking van het besluit te weigeren is volgens artikel 1:97 lid 4, 1:98 en 1:99 lid 1 Wft indien deze ‘in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet.’³⁶

5.5.3 Onderwijsinspectie

Grondslag en doel van de openbaarmaking

De grondslag voor openbaarmaking van toezichtgegevens door de onderwijsinspectie is geregeld in de Wet op het onderwijstoezicht. Over het doel van het actief openbaar maken van inspectiegegevens zegt de memorie van toelichting: ‘Dit past in het geheel van het afleggen van publieke verantwoording over de kwaliteit van het onderwijs als complement van de vergroting van de autonomie van de instellingen.’³⁷

Inhoud van de openbaarmaking

Alle definitieve rapporten van de inspectie worden actief openbaar gemaakt. Indien de zienswijze van het bestuur afwijkt van die van de inspectie, wordt een samenvatting daarvan als bijlage bij het rapport gepubliceerd.³⁸ Op de website van de onderwijsinspectie kunnen de rapporten worden gezocht op schoolnaam of plaats. Per plaats wordt een overzicht gegeven van alle scholen met de kwaliteit: basiskwaliteit, zwak of zeer zwak. Verder publiceert de inspectie maandelijks een lijst met zeer zwakke scholen.³⁹

Momenteel is de inspectie bezig om naar een nieuw beoordelingssysteem te werken waarbij niet alleen aandacht wordt besteed aan scholen die moeten verbeteren, maar ook het stimuleren van scholen die kunnen verbeteren. Om dit te bereiken wordt het oordeel ‘basiskwaliteit’ vervangen door ‘voldoende’, ‘goed’ en zelfs ‘excellent’. Ook zal er van elke school een kwaliteitsprofiel worden opgesteld, die laat het niveau van de school op cruciale kwaliteitsgebieden zien.⁴⁰

35. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 418-420.

36. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 41, p. 65.

37. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 783, nr. 3, p. 19.

38. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 783, nr. 3, p. 19. Art. 10 lid 4 Wot.

39. Inspectie van het Onderwijs 2014 en Inspectie van het Onderwijs december 2014.

40. Inspectie van het Onderwijs maart 2014.

Procedure voor publicatie

De procedure tot actieve openbaarmaking van inspectiegegevens staat beschreven in artikel 20 en 21 Wot. Bij een redelijk vermoeden dat de kwaliteit tekortschiet, krijgt de instelling een periode om te verbeteren. Daarnaast wordt de gelegenheid geboden om op de bevindingen van de inspectie te reageren. Pas daarna wordt het rapport vastgesteld. In de vijfde week na de vaststelling van dat rapport zal de inspectie overgaan tot openbaarmaking. Deze periode biedt het bestuur de mogelijkheid om zich 'op eventuele publiciteit in de media en reacties van betrokkenen bij het onderwijs op de school of instelling' voor te bereiden.⁴¹ Het bestuur kan er bijvoorbeeld voor kiezen om zelf de bevindingen openbaar te maken en aan te geven welke consequenties dit heeft. Naast de actieve openbaarmaking is er sprake van passieve openbaarmaking: een kopie van een inspectierapport kan worden opgevraagd op grond van de Wob. De onderwijsinspectie gebruikt haar website als publicatiemedium.⁴²

Rechtsbescherming

De openbaarmaking van inspectiegegevens wordt niet gezien als een besluit, zo blijkt uit de memorie van toelichting.⁴³ De aanbeveling van de Onderwijsraad, om het inspectieoordeel als een besluit in de zin van de Awb aan te merken zodat bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, is expliciet afgewezen.⁴⁴ De inspectie beoogt namelijk geen rechtsgevolgen met het toezichtoordeel. Daarnaast ziet de wetgever de noodzaak niet van meer rechtsbescherming. Er is namelijk al de mogelijkheid om de zienswijze van de instelling naar voren te brengen en deze wordt gepubliceerd.⁴⁵ Bovendien is er de mogelijkheid om naar de burgerlijke rechter te stappen.

5.6 Conclusie

Op welke wijze wordt gebruik gemaakt van *naming and shaming* en in hoeverre wordt daarbij voldaan aan de elementaire juridische eisen? In deze paragraaf wordt aan de hand van de drie voorbeelden invulling gegeven aan het normatief kader dat in paragraaf 4 is geschetst.

41. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 783, nr. 3, p. 19.

42. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 783, nr. 3, p. 19.

43. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 783, nr. 3, p. 6.

44. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 783, nr. 3, p. 6.

45. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 783, nr. 3, p. 6.

5.6.1 Grondslag en doel van de openbaarmaking

Op grond van het legaliteitsbeginsel moet *naming and shaming* zijn gebaseerd op een wettelijke grondslag. De wetgever lijkt er vaak voor te kiezen om de grondslag in een bijzondere wet in formele zin te leggen. Daarnaast moet duidelijk zijn welk doel *naming and shaming* dient. Dit doel moet dus ook openbaar worden gemaakt. Het doel van de openbaarmaking is heel wisselend, maar er zijn wel grote lijnen zichtbaar. Enerzijds blijkt openbaarmaking te worden gezien als een instrument om de ondertoezichtgestelde aan te zetten tot betere normnaleving. *Naming and shaming* is dan een extra sanctie. Enigszins hiermee samenhangend wordt veelal aangevoerd dat de inspectie door openbaarmaking inzicht geeft in de interpretatie van de normen – daarmee dus ook in algemene zin waarschuwt naar andere normadressaten – en zich tegelijkertijd toetsbaar opstelt. Ten slotte wordt met openbaarmaking geprobeerd verdere schade ten gevolge van de overtreding te voorkomen: potentiële klanten worden gewaarschuwd. Elk van deze drie doelen stelt eisen aan de omvang van de informatie die wordt gepubliceerd, het medium dat wordt gebruikt en de procedure (snelheid) waarmee informatie over overtredingen wordt gepubliceerd.

5.6.2 Procedure voor publicatie

De toezichthouder moet ervoor zorgen dat alleen juiste gegevens worden gebruikt voor *naming and shaming*. Daarom is het van belang dat er van te voren een zorgvuldig onderzoek is gedaan naar de feiten. Daarbij kan de hoorplicht helpen. Betrokkene moet in de gelegenheid te worden gesteld om zijn zienswijze te geven, tenzij de vereiste spoed zich daartegen verzet. De zienswijze kan worden verwerkt in de publicatie zoals bij de onderwijsinspectie het geval is.

Voor zover de toezichthouder beleidsvrijheid heeft bij de beslissing om informatie te publiceren is voorts van belang dat de publicatie inzichtelijk maakt waarom in dit geval wordt gepubliceerd. Uit deze motivering moet de evenredige belangenafweging blijken. In de drie bestudeerde voorbeelden is niet altijd ruimte voor een belangenafweging: publicatie is vaak een wettelijke plicht.

De belangenafweging moet ook inzicht geven in de proportionaliteit van de publicatie. Dit beginsel is verschillend uitgewerkt bij de besproken toezichthouders. Het verschil heeft in de eerste plaats betrekking op de '*naming*', de inspectiediensten geven altijd duidelijk aan over welke instantie wordt gepubliceerd, maar daarbij wordt wel rekening gehouden met de persoonlijke levenssfeer en bedrijfsgeheimen.

In de tweede plaats wordt proportionaliteit bewaakt door de '*shaming*', dit bestaat uit een negatief oordeel of het benoemen dat een wettelijk voorschrift is overtreden. Er zijn objectieve criteria nodig die de *shaming* rechtvaardigen.

De inspectiediensten gebruiken daarvoor verschillende beoordelingsmethodes, waarbij soms voldoende het hoogst haalbare is maar soms ook positievere oordelen mogelijk zijn.

In de derde plaat wordt de proportionaliteit bepaald door het gebruikte platform voor publicatie. Alle inspectiediensten gebruiken hun website maar soms wordt daarnaast een app, persbericht of advertentie gebruikt. Hoe groter het bereik van een medium, hoe groter de gevolgen van de *shaming*.

Ook is voor de proportionaliteit van belang of er een mogelijkheid is om het gedrag te herstellen, voordat tot publicatie wordt overgegaan. Lang niet altijd wordt de overtreder de kans geboden om de overtreding te beëindigen zonder dat over de overtreding wordt gepubliceerd. In zoverre krijgt de publicatie meer punitieve kenmerken dan reparatoire.

Ten slotte speelt de termijn waarbinnen wordt gepubliceerd een rol. Dit blijkt zeer wisselend te zijn, het varieert van enkele weken tot slechts enkele dagen. Soms kan zelfs de gehele termijn worden overgeslagen bij een spoedpublicatie of bij een zeer zware overtreding. Duidelijk is dat de termijn sterk samenhangt met het doel waarvoor wordt gepubliceerd. Naarmate de termijn korter is, ligt de nadruk op het doel om verdere schade te voorkomen. Bij een langere termijn zijn transparantie over het gebruik van de inspectiebevoegdheid en bestraffing de voornaamste doelen.

5.6.3 Rechtsbescherming

In verband met het recht op een eerlijk proces moet er rechtsbescherming zijn tegen *naming and shaming*. De rechtsbescherming moet effectief en tijdig zijn. Een gegrond bezwaar of beroep moet leiden tot het tijdig ongedaan maken van het besluit zodat de feitelijke gevolgen daarvan nog zijn terug te draaien. Daarom moet het maken van bezwaar of beroep schorsende werking hebben, dit kan zowel direct als indirect door het vragen van een voorziening. Een belangrijke kanttekening is dat bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet altijd mogelijk is doordat een besluit tot openbaarmaking eigenlijk een feitelijke handeling is. In sommige wetten wordt de openbaarmaking echter toch als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb aangemerkt. Daarnaast heeft de ABRvS bepaald dat actieve openbaarmaking op grond van de Wob altijd een besluit oplevert. Indien de openbaarmaking niet wordt gezien als een besluit is er nog wel de mogelijkheid tot privaatrechtelijke rechtsbescherming.

5.6.4 Slotconclusie

Naming and shaming vergt een wettelijke grondslag, het liefst in een bijzondere wet in formele zin. Daarnaast moet het doel van de *naming and shaming* duidelijk zijn omschreven. Dit doel heeft te maken met: stimulering van naleving van de regels en transparantie in de markt. Verder moeten de inspec-

tiegegevens zorgvuldig zijn verzameld waarbij van groot belang is dat betrokkene de mogelijkheid krijgt om zijn zienswijze te geven. Op basis daarvan moet het besluit tot openbaarmaking deugdelijk zijn gemotiveerd. De openbaarmaking moet proportioneel zijn ten opzichte van het doel. Dit heeft invloed op de: *naming*, *shaming*, herstelmogelijkheden, termijnen en rechtsbescherming. Betrokkene moet duidelijk worden *genamed*, maar daarbij moet wel rekening worden gehouden met de persoonlijke levenssfeer en bedrijfsgeheimen. De publicatie kan zowel gaan om een deel van de populatie als om alle betrokkenen. Om te mogen *shamen* zijn objectieve criteria nodig die dat rechtvaardigen, deze kunnen zowel negatieve als positieve oordelen bevatten. De website van de toezichthouder is geschikt als platform. Het is belangrijk dat er een mogelijkheid is om de negatieve publicatie te herstellen of te voorkomen. Daarbij maakt het ook uit binnen welke termijn er wordt gepubliceerd. Van groot belang is dat er een mogelijkheid is tot effectieve rechtsbescherming. Daarom is belangrijk dat bezwaar en beroep schorsende werking hebben en dat de inrichting van de procedure afhankelijk is van het belang van de openbaarmaking. Meestal wordt de openbaarmaking gekwalificeerd als een besluit, anders staat altijd nog privaatrechtelijke rechtsbescherming open.

Uiteindelijk komt het er vooral op neer dat de manier waarop de *naming and shaming* is ingericht proportioneel moet zijn ten opzichte van het gewenste doel. Indien het publiek acuut moet worden gewaarschuwd mogen de procedure en de rechtsbescherming anders worden ingericht dan bij meer lange termijn belangen, zoals een transparante markt en het verhogen van de naleving.

Bronnen

Literatuur

Daalder & Pietermaat 2007

E.J. Daalder & E.C. Pietermaat, 'Actieve openbaarmaking van besluiten', *Mediaforum* 2007-5.

Damen et al. 2009

L.J.A. Damen et al., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: BJu 2009.

Damen et al. 2012

L.J.A. Damen et al., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: BJu 2012.

Van Emmerik & Saris 2014

M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (Preadvies VAR), Den Haag: BJu 2014, p. 112-200.

Van Erp 2009

J. van Erp, *Naming en shaming in het markttoezicht. Een onderzoek naar de openbaarmaking van sancties op de financiële markt*, Den Haag: BJU 2009.

Lindhout 2013

S. Lindhout, 'Schoolbesturen voelen niets voor openbare lijst Citoscores', *Volkskrant* 7 maart 2013, <www.volkskrant.nl/dossier-onderwijs/schoolbesturen-voelen-niets-voor-openbare-lijst-citoscores~a3405021/>.

Meijer 2004

A. Meijer, *Vreemde ogen dwingen: de betekenis van internet voor maatschappelijke controle in de publieke sector*, Den Haag: BJU 2004.

Michiels 2007

F.C.M.A. Michiels, *Te kijk gezet: een verkennend onderzoek naar de juridische mogelijkheden en beperkingen van instrumentele openbaarmaking van inspectiegegevens, met name door 'naming en shaming', in het bijzonder voor enkele beleidsterreinen van het ministerie van Verkeer en Waterstaat*, Den Haag 2007.

Piersema & Couwenbergh 2014

J. Piersema & P. Couwenbergh, 'Debat accountants raakt ook AFM in de kern (FD)', *Accountant.nl* 12 november 2014, <www.accountant.nl/Accountant/Nieuws/FD+Debat+accountants+raakt+ook+AFM+in+de+kern.aspx.Reuveny 2012>

Reuveny 2012

J.J. Reuveny, 'Naming en shaming en de Wet openbaarheid van bestuur', in: J.J. Reuveny et al., *Genoemd of gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen* (Preadvies Jonge VAR), Den Haag: BJU 2012, p. 11-52.

Overige documenten

NVWA folder

NVWA, *Folder inspectieresultaten NVWA openbaar horeca*, 12 februari 2014.

NVWA juridische procedure

NVWA, *Juridische procedure vanaf 26 mei 2014*.

NVWA kader

NVWA, *Programma Openbaarmaking; Kader Actieve Openbaarmaking NVWA; controlegegevens individuele bedrijven* (versie 1.2), 23 januari 2004.

Inspectie van het Onderwijs 2014

Inspectie van het Onderwijs, 'Zoek scholen', 2014, http://toezichtkaart.owinsp.nl/schoolwijzer/zoek_scholen.

Inspectie van het Onderwijs december 2014

Inspectie van het Onderwijs, 'Overzicht zeer zwakke scholen/afdelingen per 1 december 2014', 1 december 2014,
<www.onderwijsinspectie.nl/actueel/publicaties/Overzicht+zeer+zwakke+scholen.html.

Inspectie van het Onderwijs maart 2014

Inspectie van het Onderwijs, 'Vernieuwingen in het toezicht van de Inspectie van het Onderwijs' 28 maart 2014,
<www.onderwijsinspectie.nl/actueel/nieuwsberichten/vernieuwingen-in-het-toezicht-van-de-inspectie-van-het-onderwijs.html.

Jurisprudentielijst

ABRvS 16 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9903 (*OPTA/Yarosa*).

ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468 (*OPTA/ECS*),
m.nt. L.J. Wildeboer, *JB* 2010, 176.

Naar een transactiebevoegdheid voor de Autoriteit Financiële Markten

Tamara Goeting

6.1 Inleiding

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) kan bij constatering van een overtreding op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) een bestuurlijke boete opleggen of een last onder dwangsom. De vraag is hoe deze sancties zich verhouden tot de piramide van Braithwaite.¹ In deze piramide wordt ervan uit gegaan dat het instrumentarium trapsgewijs wordt ingezet. Met in het achterhoofd de mogelijkheid van een zware sanctie, wordt in beginsel bij kleine overtredingen gekozen voor overleg en overreding. Dit is ook het uitgangspunt in het handhavingsbeleid van verschillende toezichthouders.

De AFM is daarop geen uitzondering. De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is of een transactiebevoegdheid aan het instrumentarium zou moeten worden toegevoegd. Met transactiebevoegdheid wordt niet bedoeld op de strafrechtelijke transactie in handen van het bestuur,² maar op een transactiebevoegdheid ten aanzien van de bestuurlijke boete. Bij de behandeling van het wetsvoorstel over de 4^e tranche van de Awb heeft de wetgever aangegeven dat er eerst ervaring op moest worden gedaan met het opleggen van de bestuurlijke boete.³ Door het uitblijven van een algemene regeling is binnen de verschillende sectoren van het bestuursrecht de transactie als speciale bevoegdheid ter sprake gekomen en zijn varianten hiervan ingevoerd.⁴

Er wordt vaak gepleit voor een transactiebevoegdheid.⁵ Zo heeft de AFM in een wetgevingsbrief van 2011 verzocht om het invoeren van een dergelijke bevoegdheid.⁶ Geconstateerd werd dat er gevallen waren die tussen wal en schip vielen. Zij waren te licht om bestraft te worden met een boete, maar te zwaar om af te doen met een waarschuwing. De autoriteit trok deze conclusie

1. Ayres & Braithwaite 1992, p. 53.

2. *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 702, nr. 3, p. 130.

3. *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 702, nr. 3, p. 130.

4. O.a. het fiscale compromis in het Belastingrecht vergelijk daarnaast het door de ACM gehanteerde toezeggingsbesluit, art. 49a e.v. Mededingingswet.

5. O.a. *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 702, nr. 3, p. 130; Albers 2002, p. 441; Pieterse 2012.

6. Wetgevingsbrief AFM 10 oktober 2011.

naar aanleiding van signalen met betrekking tot overtreding van normen die zagen op marktregulering. Overtreding van deze normen werd vanwege beperkte capaciteit lager geprioriteerd en daarom te beperkt opgepakt. De mogelijkheid om met de overtreder tot een schikking te kunnen komen, lijkt in dit kader een passend middel om efficiënt en gericht te kunnen handhaven.

In deze bijdrage staat de vraag centraal wat de toegevoegde waarde is van een transactiebevoegdheid binnen het handhavingsinstrumentarium van de AFM (par 6.2). Daarnaast wordt ingegaan op enkele juridische vraagpunten bij de vormgeving van de transactiebevoegdheid (par 6.3) die vervolgens worden toegepast op het handhavingsinstrumentarium van de AFM (par 6.4). Paragraaf 6.5 bevat een algemene conclusie over de transactiebevoegdheid voor het AFM.

6.2 Handhavingsinstrumentarium Autoriteit Financiële Markten

Samen met De Nederlandsche Bank (DNB) is de AFM belast met het toezicht op de financiële markten en beslissing omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot deze markten. Daar waar de DNB zich richt op het prudentieel toezicht, heeft de AFM tot taak het gedragstoezicht uit te oefenen. Dit gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante processen op de financiële markten, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten (art. 1:25 Wft). De doelgroep ten aanzien waarvan het toezicht wordt uitgeoefend is groot en bestaat uit een ieder die in beroep of bedrijf op de financiële markten opereert.

Met de invoering van de Wet op het financieel toezicht in 2006 en de wijzigingswetten in de daarop volgende jaren, is in een periode van acht jaar een heel pakket aan regelgeving ingevoerd. Voor wat betreft het handhavingsinstrumentarium geldt dat het boetebedrag bij overtreding fors is toegenomen. In 2003 gold als hoogste boetebedrag nog een bedrag van € 87.125. Inmiddels is het bedrag vastgesteld op € 2.000.000 in concrete gevallen en kan dit bedrag worden verhoogd naar het maximum van € 4.000.000. Voor zowel rechtspersonen als natuurlijke personen gelden in beginsel dezelfde boetebedragen, met dien verstande dat de boete met het oog op de draagkracht van de overtreder kan worden verlaagd met maximaal 100%.⁷ Daarnaast is per 1 juli 2009 artikel 51, tweede en derde lid van het wetboek van Strafrecht in de Awb van toepassing verklaard en kan ook aan feitelijk leidinggevers een boete worden opgelegd.⁸

De AFM heeft een aantal mogelijkheden om te handhaven in geval er sprake is van overtreding. De autoriteit maakt daarbij onderscheid tussen

7. Art. 4 Besluit Bestuurlijke Boetes Financiële Sector.

8. Art. 5:1, lid 3 Awb.

informele maatregelen en formele (wettelijke) maatregelen. Onder de informele maatregelen vallen het normoverdragend gesprek/brief en het waarschuwingsgesprek/brief. In 2014 werd 471 keer een informele maatregel toegepast in 2013, 522 keer, in 2012, 543 keer en in 2011 nog 919 keer.⁹ Onder de formele maatregelen vallen het geven van een aanwijzing of een openbare waarschuwing (art. 1:75 Wft), het aanstellen van een stille curator (art. 1:76 Wft) of het intrekken van een vergunning (art. 1:104 Wft). Voorts bestaat de mogelijkheid om bestuurlijke boetes en dwangsommen op te leggen (art. 1:80/81, 1:79 Wft). Deze kunnen bovendien gepubliceerd worden (art. 1:94 e.v. Wft). Tenslotte kan de AFM van strafbare feiten aangifte doen bij het Openbaar Ministerie. Van deze formele maatregelen werd in 2014, 106 keer gebruik gemaakt, in 2013 110 keer, in 2012, 187 keer en in 2011, 261 keer.¹⁰ Naast genoemde maatregelen biedt de AFM overtreders sinds 2011 in beperkte gevallen de mogelijkheid tot het volgen van een versnelde boeteprocedure.

6.2.1 De bestuurlijke boete

Als gezegd biedt de Wft de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen. Sinds 2011 en de invoering van de 4^e tranche van de Awb biedt titel 5.4 Awb een aantal algemene waarborgen die bij het opleggen van een bestuurlijke boete in acht moeten worden genomen. In artikel 5:40 Awb wordt de bestuurlijke boete gedefinieerd als ‘de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom’. Een sanctie kan alleen worden opgelegd bij overtreding en niet ten aanzien van misdrijven. Het betreft een punitieve sanctie, aangezien deze primair gericht is op leedtoevoeging. Vanwege het bestraffende karakter van de bestuurlijke boete valt de sanctie onder de reikwijdte van het begrip ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6 EVRM en zijn de in dit verband gestelde eisen van toepassing. Om die reden moet de regeling van bestuurlijke boeten op wezenlijke punten overeenkomen met het strafrecht. Omdat deze bepalingen zich echter niet zonder meer lenen voor één op één toepassing op de bestuurlijke boete is met de regeling van titel 5.4 Awb getracht de waarborgen die artikel 6 (recht op eerlijk proces) en artikel 7 (geen straf zonder wet) van het EVRM verbinden aan strafvervolgning (criminal charge) een plaats te geven.¹¹ Bij het opleggen van een bestuurlijke boete of andere bestraffende sanctie zijn voorts de bepalingen uit hoofdstuk 3 Awb en titel 4.1 Awb van toepassing. Daarnaast moet het bestuursorgaan bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen.

9. <www.afm.nl/>.

10. <www.afm.nl/>.

11. Damen et al. 2009, p. 676.

Het EHRM heeft aanvaard dat het bestuursorgaan in eerste aanleg ook zware boeten op mag leggen.¹² Hiertoe overweegt het Europese Hof in het arrest Bendenoun dat betrekking had op een Franse fiscale boeteoplegging dat ‘having regard to the large number of offences (...) Contracting States must be free to empower the Revenue to prosecute and punish them, even if the surcharges imposed as penalty are large ones’. Maar zoals ook ten aanzien van minor offences geldt: de betrokkene moet wel in staat worden gesteld elke beslissing die te zijnen laste wordt genomen, voor te leggen aan een rechterlijke instantie die de in artikel 6 EVRM beschreven waarborgen biedt.¹³

6.2.2 De bestuurlijke boete en de AFM

De AFM en DNB beschikken op grond van de per 1 januari 2000 ingevoerde Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving (Wet IDBB) over de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen. Anno 2014 heeft de AFM een discretionaire bevoegdheid om bestuurlijke boeten op te leggen voor overtreding van voorschriften genoemd in de bijlage bij artikel 1:80 Wft, voorschriften gesteld ingevolge een bij AMvB aangewezen Europese verordening met betrekking tot het toezicht op financiële markten of op die markten werkzame personen, overtreding van de verordening ratingbureaus en, op grond van artikel 5:20 Awb, bij het niet verlenen van de gevraagde medewerking.

Bij bespreking van de evaluatie van de Wet IDBB in de financiële wetgeving in december 2003, is ten aanzien van rechtsbescherming benadrukt dat in deze wet een aantal waarborgen is opgenomen ter voorkoming van (de schijn van) willekeur. Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zouden worden bevorderd met een systeem van vaste boetecategorieën.¹⁴ In de huidige Wet op het financieel toezicht wordt daarom met boetecategorieën gewerkt.

6.2.3 Pilot versnelde boeteprocedure

In de in de inleiding genoemde wetgevingsbrief 2011 heeft de AFM aangegeven, bij gebrek aan een wettelijke schikkingsbevoegdheid, te starten met een pilot versnelde boeteprocedure. De autoriteit wilde bezien of met deze procedure effectiever zou kunnen worden opgetreden in geval van uitgekristalliseerde overtredingen.¹⁵ Hieronder werd de overtreding van normen verstaan die met name zien op marktregulering en minder op substantiële en

12. Damen et al. 2009, p. 678; EHRM 24 februari 1994, *NJ 1994*, 496 m.nt. Alkema.

13. Damen et al. 2009, p. 678.

14. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 370, nr. 1, p. 7.

15. Wetgevingsbrief AFM 10 oktober 2011.

concrete benadeling van consumenten en beleggers.¹⁶ De pilot gold in eerste instantie voor overtredingen van het bemiddelingsverbod (art. 2:80 lid 1 Wft), maar geldt per januari 2013 ook voor het niet of onjuist vermelden van de vrijstellingsvermelding.

De belangrijkste kenmerken van de versnelde procedure zijn dat de overtreder de feiten en de juridische beoordeling hiervan niet betwist en meewerkt aan de procedure. In ruil hiervoor ontvangt hij een korting van 30% op de hoogte van de op te leggen boete. Van publicatie wordt niet afgezien, maar hierin wordt wel gemeld dat de overtreder heeft deelgenomen aan de pilot. Het blijft mogelijk voor de overtreder om alsnog bezwaar te maken tegen het boetebesluit. In dat geval voldoet hij echter niet meer aan de voorwaarden van de procedure en kan de korting op de opgelegde boete komen te vervallen. De voorwaarden voor de versnelde boeteprocedure zijn de volgende:¹⁷

- Er is niet eerder een boete opgelegd.
- Er is geen sprake van een (redelijk) vermoeden van commune delicten, bijvoorbeeld valsheid in geschrift, oplichting of verduistering.
- Er is geen sprake van publieke verontwaardiging.
- Er is geen sprake van substantiële en concrete benadeling van consumenten/cliënten. Een voorbeeld van benadeling is misbruik van ingewonnen persoonsgegevens.
- Er zijn geen andere toezichtsantecedenten. Een uitzondering hierop is een waarschuwing voor het onjuist opnemen van de vrijstellingsvermelding.
- De overtreder heeft goed meegewerkt aan het onderzoek van de AFM.
- De overtreder betwist de feiten en de juridische beoordeling van de feiten uit het onderzoek niet.
- De overtreder geeft geen zienswijze op het boetevoornemen en wil geen inzage in het boetedossier.
- De overtreder voldoet aan alle voorwaarden van de versnelde boeteprocedure binnen de looptijd van de pilot versnelde boeteprocedure.

6.2.4 Nut en noodzaak van een transactiebevoegdheid

In de eerder genoemde wetgevingsbrief wordt aangegeven dat de pilot niet is opgenomen in de wet en evenmin getoetst is door de rechter.¹⁸ De pilot is een uitvloeisel van de in de wetgevingsbrief opgenomen wens voor een schikkingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid zou de toezichthouder de mogelijkheid bieden om op maat te reageren bij het constateren van een overtreding van

16. Wetgevingsbrief AFM 10 oktober 2011.

17. <www.afm.nl/>.

18. Wetgevingsbrief AFM 10 oktober 2011.

Wft. Daarnaast levert de bevoegdheid efficiency-voordelen. De transactiebevoegdheid zou de mogelijkheid behelzen om overtreders van de Wft op elk moment van het onderzoek een schikkingsvoorstel te doen, waarmee tegen betaling van een boete verder handhavend optreden wordt voorkomen.¹⁹ In het Jaarverslag 2013 van de AFM valt te lezen dat het gewenste effect dat met het opleggen van de maatregel wordt bereikt, leidend is in het toezicht. In de toezichtsaanpak wordt rekening gehouden met de aard van de problematiek in de specifieke financiële sector, wat kan leiden tot verschillen in aanpak per sector. Dit houdt ook in dat toezichtmaatregelen altijd in dienst staan van het te bereiken effect.²⁰ In de wetenschap wordt deze manier van toezicht omschreven als responsive regulatory enforcement.²¹

Voor de wetgever is het van belang dat een dergelijke bevoegdheid past bij een lik-op-stuk benadering; er wordt onmiddellijk een afdoende reactie gegeven op het ongewenste gedrag. Daarnaast zou de AFM, gezien de bij de autoriteit aanwezig zijnde noodzakelijke deskundigheid en menskracht, bij uitstek in staat zijn om effectief en efficiënt te kunnen handhaven.

Wil deze maatregel effect hebben, dan moet het ook voor overtreders interessant zijn om te schikken. Gezien de ervaringen die in het strafrecht zijn opgedaan met de transactie, kan gesteld worden dat overtreders over het algemeen welwillend staan tegenover transactievoorstellen.²² Het feit dat de verdachte niet in het openbaar terecht hoeft te staan kan worden genoemd als belangrijkste voorwaarde voor verdachten om in te gaan op een schikkingsvoorstel.²³ Nu de Wft als uitgangspunt kent dat alle boetes en dwangsommen worden gepubliceerd vanwege de waarschuwings- en preventieve functie die daar van uit gaat: openbaarheid van haar handhavingsbeleid door de AFM heeft een disciplinerende werking richting de markt, blijft publicatie slechts achterwege indien openbaarmaking van de boete in strijd zou komen met het doel van het door de AFM uit te oefenen toezicht.²⁴ Daar waar het echter gaat om uitgekristalliseerde overtredingen waarbij substantiële en concrete benadeling van consumenten beperkt is, zou kunnen worden overwogen af te zien van publicatie. De overtreder krijgt zo de mogelijkheid zaken recht te zetten zonder dat hij meteen in een negatief daglicht komt te staan. Aangezien de consument door de normschending niet concreet wordt benadeeld, doet dit evenmin afbreuk aan de disciplinerende werking die van publicatie uit zou gaan. Andere overwegingen voor de overtreder om in te stemmen met een schikking zijn dat door het accepteren van een schikking er snel duidelijkheid wordt verschaft, lange kostbare procedures worden voorkomen en er een lagere boete wordt gegeven.

19. De Jong 2014.

20. Jaarverslag AFM 2013.

21. Scholz 1991.

22. Albers 2002, p. 441.

23. Albers 2002, p. 441.

24. <www.afm.nl> en art. 1:97 Wft.

6.3 Juridische vragen bij de transactiebevoegdheid

Over schikken in het bestuursrecht en onderhandelen door het bestuur is veel geschreven.²⁵ Het is gebruikelijk dat de door partijen als gevolg van onderhandelingen bereikte overeenstemming wordt vastgelegd in een overeenkomst: de vaststellingsovereenkomst. De belastingdienst maakt hier al geruime tijd gebruik van bij het zogenaamde fiscale compromis. Het betreft een overeenkomst die wordt gesloten tussen de belastinginspecteur en een particulier. De toepassing van een privaatrechtelijk middel door het bestuur bij uitoefening van een bestuursrechtelijke bevoegdheid is echter niet zonder problemen. Zo kunnen er vragen gesteld worden ten aanzien van het legaliteitsbeginsel, de competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter en de aantastbaarheid van de overeenkomst. Ook de mogelijkheid om afstand te doen van het recht op toegang tot de rechter en de bescherming van belangen van derden vormen punten van aandacht. De AFM heeft bij de pilot versnelde boeteprocedure aangegeven met name knelpunten te zien bij het legaliteitsvereiste en de mogelijkheid om af te zien van beroep.²⁶ In deze paragraaf zullen deze twee aspecten dan ook nader worden onderzocht. Daarnaast zal kort worden ingegaan op de openbaarheid van de procedure en het besluit.

6.3.1 Karakter van de vaststellingsovereenkomst

Indien de vaststellingsovereenkomst ziet op het maken van afspraken met de overheid over het al dan niet uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheden of over een publieke taak, kan deze getypeerd worden als een bevoegdhedenovereenkomst.²⁷ Zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter merken de rechtshandeling aan als een privaatrechtelijke overeenkomst, waarbij de uitvoering van publiekrechtelijke aard is. De grondslag wordt gevonden in artikel 7:900 BW, maar ten aanzien van het gebruik hiervan door bestuursorganen zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op grond van artikel 3:14 BW en artikel 3:1, lid 2 Awb ook van toepassing.²⁸ De privaatrechtelijke bepalingen uit het BW worden niet één op één toegepast, maar indirect via schakelbepalingen of naar analogie. Daar waar in deze bijdrage gesproken wordt over een vaststellingsovereenkomst, wordt bedoeld op de hierboven beschreven bevoegdhedenovereenkomst.

25. Bijv. De Graaf 2004 en Tolsma 2008.

26. Wetgevingsbrief AFM 10 oktober 2011.

27. Scheltema & Scheltema 2008, p. 190.

28. Pieterse 2012, p. 253.

6.3.2 Legaliteitsbeginsel

Ten aanzien van het legaliteitsbeginsel en schikken door het bestuur rijst onder andere de vraag in hoeverre het legaliteitsbeginsel beperkingen bevat voor het gebruik van de vaststellingsovereenkomst.²⁹ Het ontbreken van een specifiek wettelijke grondslag voor gebruikmaking van de vaststellingsovereenkomst, zou een schending kunnen betekenen van het legaliteitsbeginsel.³⁰ Door Scheltema & Scheltema wordt betoogd dat een wettelijke grondslag voorhanden is indien de overeenkomst wordt gesloten voor het gebruik van een bevoegdheid die beleidsvrijheid verschaft.³¹ De beleidsvrijheid zou de ruimte verschaffen om belangen af te wegen en daarover (dus) een overeenkomst te sluiten.

Daarentegen zijn auteurs van de zogenaamde ‘Maastrichtse school’ van oordeel dat al het ingrijpende overheidsoptreden van een publiekrechtelijke grondslag moet zijn voorzien.³² Dat zou dan (ook) gelden voor de bevoegdheid omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete. Inmiddels wordt echter algemeen aanvaard dat de bevoegdheid om te contracteren over een besluit wordt afgeleid uit de bevoegdheid om het besluit te nemen.³³

6.3.3 Toegang tot de rechter: het afstandsbeding

Tegen een vaststellingsovereenkomst staat in beginsel beroep open bij de burgerlijke rechter. Zo heeft de Hoge Raad bepaald dat indien sprake is van een schuldvordering in de zin van artikel 112, lid 1 Gw de burgerlijke rechter bevoegd is hierover te oordelen.³⁴ Indien echter in de vaststellingsovereenkomst afspraken zijn gemaakt over een (appellabel) besluit, zal de bestuursrechter over het (niet) nemen van dit besluit kunnen en moeten oordelen.³⁵

Er dient onderscheid gemaakt te worden tussen de vaststellingsovereenkomst en het besluit zelf. Met de overeenkomst wordt slechts afgesproken dat een bepaald besluit genomen zal worden. Het besluitbegrip van artikel 1:3 Awb ziet op een eenzijdige rechtshandeling, bij de overeenkomst gaat het om een meerzijdige rechtshandeling. Het aanmerken van een dergelijke rechtshandeling als een besluit, past niet in het systeem van het bestuursrecht.³⁶ Daar waar een beschikkingsbevoegdheid bestaat, wordt het evenmin mogelijk geacht een beschikkingsvervangende overeenkomst te sluiten. De onderbouwing hiervoor wordt gevonden in het in de Awb neergelegde stelsel van

29. Tolsma 2008, p. 46.

30. Scheltema & Scheltema 2008, p. 203.

31. Scheltema & Scheltema 2008, p. 204 ; Pieterse 2012, p. 254.

32. Huisman 2012, p. 147.

33. Tolsma 2008, p. 86; De Graaf 2004, p. 25 en Huisman 2012, p. 148.

34. HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 m.nt. MS (GCN/Nieuwegein II).

35. Scheltema & Scheltema 2008, p. 207.

36. Scheltema & Scheltema 2008, p. 197; Pieterse 2012, p. 257.

waarborgen.³⁷ De overeenkomst wordt echter wel vooraf gegaan en opgevolgd door besluiten in de zin van de Awb: het besluit tot het aangaan van de overeenkomst en het besluit ter uitvoering hiervan.³⁸

Kan bij vaststellingsovereenkomst afstand worden gedaan van de mogelijkheid om in beroep te gaan bij de rechter? Indien sprake is van een ondubbelzinnige en vrijwillige rechtshandeling waarbij afstand wordt gedaan van het recht om in beroep te gaan, is dat in beginsel mogelijk. Het is niet noodzakelijk dat in het nationale recht een bepaling wordt opgenomen waaruit deze mogelijkheid blijkt. De strekking van de nationale wet of de aard van de rechtsbetrekking kan met zich meebrengen dat afstand van het recht op toegang tot de rechter toch niet wordt aanvaard.³⁹ Indien het gaat om bestraffende sancties dient volgens het EHRM beroep open staan bij de rechter. Deze moet integraal kunnen toetsen of de straf niet te zwaar is in verhouding tot de ernst van de overtreding. Daarnaast dient hij te beoordelen of er geen bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de sanctie onevenredig hoog is.⁴⁰ Het Europees Hof heeft bepaald dat artikel 6 EVRM er niet aan in de weg staat dat, uitdrukkelijk of stilzwijgend, uit vrije wil afstand wordt gedaan van de in het artikel gegeven rechten (o.a. toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter). Dat hiervan afstand wordt gedaan, moet echter ondubbelzinnig blijken en mag niet in strijd zijn met enig publiek belang. Voordat gesteld kan worden dat iemand impliciet, door zijn handelen, af heeft gezien van zijn rechten op grond van artikel 6 EVRM, moet duidelijk worden gemaakt dat hij redelijkerwijs moet hebben kunnen voorzien wat de gevolgen van zijn handelen zouden zijn.⁴¹

Het nationale recht lijkt echter in belangrijke mate doorslaggevend voor de vaststelling van een met de wet strijdig of naar de aard van de rechtsbetrekking niet toegestaan afstandsbeding.⁴² Zo is volgens de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State een afstandsbeding niet rechtsgeldig. De bestuursrechter zal een beroepschrift dan ook ontvankelijk verklaren. Wel kan de bestuursrechter de overeenkomst betrekken bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het bestreden besluit.⁴³ Als afstand is gedaan van het recht op beroep, dan zal de bestuursrechter een beroep tegen een besluit dat is genomen conform de overeenkomst in beginsel ongegrond moeten verklaren. De rechter kan nog wel kan onderzoeken of het besluit is genomen in overeenstemming met hetgeen in de overeenkomst is vastgelegd, maar geeft geen

37. Scheltema & Scheltema 2008, p. 215.

38. Pieterse 2012, p. 254.

39. De Graaf 2004, p. 7.

40. Damen et al. 2009, p. 693.

41. ECHR Guide on article 6 2014, p. 28 / EHRM 18 oktober 2006, nr. 18114/02 (*Hermi v. Italy*) en EHRM 1 maart 2006, nr. 56581/01 (*Sejdovic v. Italy*).

42. De Graaf 2004, p. 7.

43. Tolsma 2008, p. 153.

oordeel over de inhoud hiervan.⁴⁴ Geredeneerd wordt dat het recht van bezwaar en beroep een recht van openbare orde is, afstand van dit recht is in strijd met dwingend recht en ingevolge artikel 3:40, eerste lid BW nietig is.⁴⁵

De belastingrechter wijkt af van deze lijn en verklaart het beroep van een belastingplichtige die uitdrukkelijk en ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van zijn recht niet ontvankelijk. Buiten het belastingrecht is een afstandsbeding echter niet rechtens afdwingbaar. Een belanghebbende kan, ondanks eerder bereikte overeenstemming met het bestuur over beëindiging van het conflict, verder procederen bij de bestuursrechter.⁴⁶

Het feit dat het afstandsbeding niet rechtsgeldig is, levert spanning op met het doel van het sluiten van een vaststellingsovereenkomst: het beëindigen of voorkomen van onzekerheid of geschil. Het doen van afstand van het recht op bezwaar en beroep is juist een logisch onderdeel van de overeenkomst.⁴⁷ De tekst van artikel 7:900 BW luidt: ‘bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van *onzekerheid of geschil* omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken’ (cursief auteur). Bij het lezen van deze bepaling valt op dat het voornaamste doel van de overeenkomst is het voorkomen of beëindigen van een onzekerheid of geschil tussen partijen. De onzekerheid bestaat over de vraag tot waar de publiekrechtelijke bevoegdheid van de autoriteit reikt.⁴⁸ Door het aangaan van de overeenkomst komt er voor partijen daadwerkelijk een einde aan het geschil.

6.3.4 Openbaarheid

Ook ten aanzien van de openbaarheid bestaat een spanningsveld bij het gebruik van een privaatrechtelijk instrument door het bestuur. Het belang van goede en democratische bestuursvoering rechtvaardigt algemene openbaarheid van informatie over bestuurlijke aangelegenheden. In het privaatrecht daarentegen geldt dat de vormgeving en inhoud van de rechtsbetrekking tussen partijen in beginsel vertrouwelijk is.⁴⁹ Kritiek op de bestuursrechtelijke transactiebevoegdheid is gericht op de beperkte openbaarheid van de procedure waardoor ernstige normschendingen niet bekend worden voor een groter publiek. Ook worden eventuele derdebelanghebbenden hierdoor benadeeld. Daarnaast is er door de behandeling achter gesloten deuren geen sprake meer van generale preventie. En ten slotte is er gevaar voor schijnvrijwil-

44. Scheltema & Scheltema 2008, p. 207.

45. Huisman 2012, p. 241.

46. Tolsma 2008, p. 152 e.v.

47. Scheltema & Scheltema 2008, p. 229.

48. Pieterse 2012, p. 331.

49. De Graaf 2004, p. 43.

ligheid, waarbij particulieren uit angst voor bijvoorbeeld een hogere boete instemmen met een schikking.⁵⁰

6.4 Vormgeving van de bestuursrechtelijke transactiebevoegdheid bij de AFM

Met het oog op de waarborgen waarmee de transactiebevoegdheid zou moeten worden omgeven, is het van belang vast te stellen wat het doel van deze bevoegdheid is. Gaat het primair om leedtoevoeging of dient het belang van het voorkomen van onzekerheid of een geschil tussen partijen doorslaggevend te zijn? Het EHRM hanteert drie criteria om te beoordelen of er sprake is van een criminal charge: de kwalificatie van het feit naar nationaal recht, de aard van de overtreding en het doel, de aard en de ernst van de sanctie. Bij het tweede criterium is de voornaamste vraag of de sanctie tot doel heeft preventief en bestraffend te werken. Is dat het geval dan is er sprake van een 'criminal charge'.⁵¹ Gesteld kan worden dat de bestuursrechtelijke transactie inderdaad preventie voor ogen heeft, ondersteund door het opleggen van een sanctie en daarmee een bestraffend karakter heeft.

Bij de vormgeving van de bestuursrechtelijke transactie kan gekozen worden voor twee mogelijke varianten: een bestuursrechtelijk transactiemodel dat volledig geplaatst is binnen het bestuursrecht en een gemengd model waarbij de procedure geïnitieerd wordt vanuit het bestuursrecht, maar de rechtsbescherming strafrechtelijk van aard is.⁵² Aangezien het laatste model niet in lijn zou zijn met de wens om een effectief en efficiënt handhavingsinstrument te creëren, zal worden uitgegaan van een procedure die geheel binnen het bestuursrecht plaatsvindt. Dit laat onverlet de discussie over de competentieverdeling tussen de burgerlijke en bestuursrechter.

6.4.1 Vereiste van legaliteit

Eerder is reeds vastgesteld dat er ten aanzien van het legaliteitsvereiste geen belemmeringen zijn om afspraken over een te nemen besluit vast te leggen in een vaststellingsovereenkomst, mits is voorzien in een wettelijke grondslag voor het nemen van het besluit waarover een overeenkomst wordt gesloten en deze wettelijke grondslag beleidsvrijheid verschaft. De AFM is op grond van artikel 1:80 Wft bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen ten aanzien van overtreding van genoemde bepalingen. De boetebedragen zijn vastgelegd in artikel 1:81 Wft. De transactiebevoegdheid zal dienen als opmaat naar het opleggen van een bestuurlijke boete. Bij het opleggen van de bestuurlijke

50. Albers 2002, p. 443.

51. ECHR Guide on article 6 2014, p. 6 (Öztürk v. Duitsland / Bendenoun v. Frankrijk).

52. Albers 2002, p. 441 e.v.

boete is sprake van een discretionaire bevoegdheid: zowel ten aanzien van het gebruik van de bevoegdheid als ten aanzien van de vaststelling van de hoogte. Gesteld kan worden dat de transactiebevoegdheid binnen de kaders van de boete wordt uitgevoerd. Daarmee is dan ook voldaan aan het legaliteitsvereiste. Er hoeft geen aparte wettelijke basis gecreëerd te worden om gebruik te kunnen maken van de vaststellingsovereenkomst bij schikking. Regulering zou wel bestaande onduidelijkheden kunnen wegnemen en daarmee de rechtszekerheid bevorderen.⁵³ De gestelde noodzaak van een wettelijke grondslag voor de pilot versnelde boeteprocedure zal mogelijk door dit argument zijn ingegeven.

Indien geen specifieke wettelijke basis wordt gecreëerd, verdient het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid aanbeveling ten aanzien van de te hanteren procedure aansluiting te zoeken bij (onderdelen van) de procedure zoals die geldt voor het opleggen van een bestuurlijke boete. Dit te meer nu de schikking resulteert in het opleggen van een sanctie. Zo zou kunnen worden aangesloten bij de in de Wft vastgestelde boetecategorieën. Per categorie kan een kortingspercentage worden bepaald, daarnaast kunnen categorieën worden uitgesloten. Tevens dient aansluiting te worden gezocht bij het systeem van functiescheiding. De invulling van de transactiebevoegdheid dient in beleidsregels te worden vastgelegd.

6.4.2 Afzien van beroep op de rechter

In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat niet via een beding in de vaststellingsovereenkomst kan worden afgezien van beroep bij de bestuursrechter. Daarnaast is bij de evaluatie van de wet IDBB expliciet aangegeven dat de rechtsgang in twee instanties als waarborg dient ter voorkoming van de schijn van willekeur en om te voorkomen dat een toezichthouder rechter in eigen zaak wordt. Mocht het kunnen opnemen van een afstandsbeding toch gewenst zijn, dan zal deze mogelijkheid dus in de wet moeten worden opgenomen. Wel kan door de AFM als voorwaarde gesteld worden dat een gegeven korting op de boete komt te vervallen indien de wederpartij toch besluit in beroep te gaan.

6.4.3 Openbaarheid

Ten aanzien van de openbaarheid van de procedure en het niet openbaar maken van de opgelegde sanctie valt het volgende op te merken. Bij professionele marktpartijen, zoals merendeel van de overtreders die door de AFM met een boete wordt geconfronteerd, is niet snel sprake van schijnvrijwilligheid. Partijen kunnen voldoende capabel worden geacht om de (juridische) afweging te maken om al dan niet tot een schikking te komen, aangezien zij

53. Pieterse 2012, p. 258.

eveneens in staat zijn (vaak complexe) financiële producten in de markt te brengen.

Het doel van publicatie schuilt mede in het waarschuwen van de consument. Wil het niet publiceren van een besluit onderdeel uit kunnen maken van de onderhandelingen dan dient nagedacht te worden over het soort overtredingen waarbij publicatie achterwege zou kunnen blijven. In situaties waarin de consument door de normschending niet concreet wordt benadeeld, zou bijvoorbeeld kunnen worden overwogen van publicatie af te zien. Openbaarheid en kenbaarheid van het besluit zien echter ook op de mogelijkheid voor derden om rechtsmiddelen hier tegen aan te wenden.⁵⁴ Om deze rechten te kunnen blijven waarborgen, kan niet licht van publicatie worden afgestapt. Beleid hieromtrent dient met het oog rechtszekerheid te worden vastgelegd.

6.5 Conclusie

Binnen het bestaande kader van de handhavingsbevoegdheden zou de schikkingsbevoegdheid voor de AFM een welkome aanvulling zijn: een extra trede in de piramide van Braithwaite. Nu de wetgever bij de invoering van de 4^e tranche van de Awb heeft afgezien van de invoering van een algemene bestuursrechtelijke transactie bevoegdheid, is het zaak een speciale bevoegdheid te realiseren voor de toezichthouder. Aangezien de AFM al beschikt over de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen, is voorzien in een bevoegdheid hierover contracten te sluiten. De gemaakte afspraken kunnen worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Het legaliteitsbeginsel staat hier in beginsel niet aan in de weg. In de vaststellingsovereenkomst kan niet worden afgezien van de mogelijkheid tegen het naar aanleiding van de overeenkomst genomen besluit in beroep te gaan. Ook moet worden afgeraden om van publicatie af te zien. Alleen overtreding van normen die de consument niet concreet benadelen, zou hier eventueel voor in aanmerking komen. Vanwege het feit dat het bij de bestuursrechtelijke transactie gaat om strafoplegging, met het oog op de rechtszekerheid en rechtsbescherming zou een wettelijke basis tot aangaan van de transactie wenselijk zijn. Voor zover geen wettelijke bevoegdheid is vereist, is het raadzaam beleid ten aanzien van de uitvoering van de schikking vast te leggen in beleidsregels.

54. Tolsma 2008, p. 179.

Bronnen

Albers 2002

C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?*, Den Haag: Sdu 2002.

Ayres & Braithwaite 1992

I. Ayres & J. Braithwaite, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, New York: Oxford University Press 1992.

Bröring et al. 2012

H.E. Bröring et al., *Referentiekader geldboetes*, Groningen: Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012.

Damen et al. 2009

L.J.A. Damen et al., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: BJu 2009.

De Jong 2014

J.T. de Jong, 'Laat de AFM schikken', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance* 2014 (2/3), p. 101-105.

ECHR Guide on article 6 2014

European Court of Human Rights, *Guide on article 6 – Right to a fair trial*, Council of Europe 2014.

De Graaf 2004

K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2004.

Huisman 2012

P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. Amsterdam), Den Haag: BJu 2012.

Pieterse 2012

L.J.A. Pieterse, 'De fiscale vaststellingsovereenkomst. Over simultane rechtstoepassing op de grens van belastingrecht en privaatrecht', *MBB* 2012 (9), p. 328-336.

Tolsma 2008

H.D. Tolsma, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij de bestuurlijke besluitvorming* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2008.

Scheltema & Scheltema 2008

M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2008.

Scholz 1991

J.T. Scholz, 'Cooperative regulatory enforcement and the politics of administrative effectiveness', *American Political Science Review* 1991 (1), p. 115-136.

‘Zachter waar het kan, hard waar het moet’

Dieuwertje Stolwijk

7.1 Inleiding

In Nederland geldt een verbod op illegale tewerkstelling. Dit verbod is neergelegd in de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) en wordt gehandhaafd door de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW). Meer specifiek bepaalt de Wav dat de werkgever die een vreemdeling¹ in Nederland arbeid wil laten verrichten dient te beschikken over een tewerkstellingsvergunning.² Beschikt de werkgever niet over een tewerkstellingsvergunning, dan is hij in overtreding en riskeert hij een forse bestuurlijke boete.

Gegevens van het Ministerie van SZW tonen aan dat jaarlijks bijna 50% van de overtreders van de Wav bezwaar maakt tegen de opgelegde bestuurlijke boete. Dit relatief hoge percentage bezwaarmakers lijkt samen te hangen met de wijze waarop de Wav op dit moment wordt gehandhaafd. Iedere overtreder van de Wav wordt namelijk geconfronteerd met dezelfde hoge boete als gevolg van het feit dat de bestuurlijke boete het enige handhavingsinstrument is dat de Wav kent. De Inspectie SZW kan bovendien bij de handhaving van de Wav geen onderscheid maken tussen ‘goedwillende overtreders’ en ‘kwaadwillende overtreders’. Met andere woorden, de motieven van de overtreder doen er in beginsel niet toe. Naast het feit dat dit tot ontevredenheid onder de overtreders leidt, is ook de Tweede Kamer zich eind 2013 met deze handhavingsproblematiek gaan bemoeien. Halverwege 2014 is door een grote meerderheid van de Tweede Kamer een motie aangenomen als gevolg waarvan Minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op zoek moest naar een oplossing om de goedwillende overtreders van de Wav in de toekomst niet meer met eenzelfde hoge boete te confronteren als de kwaadwillende overtreders.

Het toevoegen van een waarschuwing aan het handhavingsinstrumentarium van de Wav is een mogelijke oplossing voor deze problematiek. Door

-
1. Een vreemdeling in de zin van de Wav is een ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld.
 2. Art. 2 lid 1 Wav.

middel van een voorspellend onderzoek is geanalyseerd wat de toegevoegde waarde van een waarschuwing zou zijn voor het handhavingssysteem van de Wav om uiteindelijk een antwoord te geven op de centrale onderzoeksvraag: ‘wat zijn de consequenties van de invoering van een waarschuwing in de Wav voor de handhaving van de Wav?’.

Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst het handhavingssysteem van de Wav verkend (par 7.2) en wordt nagegaan welke effecten de huidige handhavingspraktijk heeft (par 7.3). Vervolgens wordt nagegaan wat de toegevoegde waarde van een waarschuwing is (par 7.4). Daarna komt de vormgeving van de waarschuwing aan bod (par 7.5). Voor de vormgeving wordt teruggegrepen op een aantal bestaande systemen waarin een waarschuwing wordt gebruikt. Deze systemen worden beoordeeld op bruikbaarheid voor de Wav. Hiertoe zijn interviews gehouden met medewerkers van de Inspectie SZW. In paragraaf 7.6 worden de varianten getoetst: wat zou het opleveren? Deze bijdrage sluit in paragraaf 7.7 af met een conclusie.

7.2 Het handhavingssysteem van de Wav

De Wav beoogt de toelating van vreemdelingen tot de Nederlandse arbeidsmarkt te reguleren, oneerlijke concurrentie tegen te gaan en illegale tewerkstelling te voorkomen.³

Artikel 2 is de kernbepaling van de Wav. Op grond van deze bepaling is het de werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Het begrip ‘werkgever’ wordt in artikel 1, aanhef en onder b Wav gedefinieerd als zowel ‘degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten’, en ‘de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten’. De uitleg van dit begrip is veel ruimer dan doorgaans in arbeidsrechtelijke context gebruikelijk is.⁴ Voor deze ruime definitie is gekozen om creatieve pogingen tot het ontduiken van de vergunningplicht toch onder het vergunningsvereiste van artikel 2 Wav te brengen.⁵

De werkgever die een vreemdeling te werk stelt zonder dat hij beschikt over een tewerkstellingsvergunning, handelt in strijd met hetgeen is bepaald in artikel 2 Wav. Ingevolge artikel 18 lid 1 Wav levert dat een overtreding op. Aan de overtreder wordt op grond van artikel 19a Wav een bestuurlijke boete opgelegd. In de Beleidsregel Boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2014 (hierna: de Beleidsregel) is de hoogte van de boetebedragen be-

3. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 574, nr. 3 (MvT).

4. Art. 7:610 lid 1 BW.

5. EHRM 28 juni 2011, nr. 577/11, *NJ* 2012, 401 m. nt. E. Verhulp (*Het Financieel Dagblad B.V./Nederland*).

paald.⁶ De Beleidsregel maakt een onderscheid tussen de werkgever die als rechtspersoon de Wav overtreedt en de werkgever die als natuurlijk persoon de Wav overtreedt.⁷ Bij een rechtspersoon is de hoogte van de boete € 12.000 per vreemdeling en bij een natuurlijk persoon is dit gehalveerd tot € 6.000 per vreemdeling.⁸ Bij recidive binnen vijf jaar wordt de bestuurlijke boete verdubbeld.⁹

De Inspectie SZW houdt toezicht op de naleving van de Wav. Dit toezicht krijgt vorm door het uitvoeren van inspecties bij werkgevers. Een inspectie bestaat uit het bezoeken van een onderneming, organisatie of particulier voor een werkplekcontrole en/of administratief onderzoek. Op basis van risicoanalyses wordt veelal bepaald waar geïnspecteerd wordt.¹⁰

Wanneer tijdens een inspectie een overtreding van de Wav wordt geconstateerd maakt de inspecteur een boeterapport op.¹¹ Dit boeterapport is een belangrijk document en dient als een van de belangrijkste bewijsmiddelen tijdens een eventuele juridische procedure. De inspecteur stuurt het boeterapport naar de afdeling Boete, Dwangsom en Inning (hierna: afdeling BDI) van de Inspectie SZW.¹² De afdeling BDI beoordeelt het boeterapport en legt, wanneer de overtreding bewezen wordt geacht, een bestuurlijke boete op.¹³ Het boetenormbedrag zoals opgenomen in de Beleidsregel is uitgangspunt voor de bepaling van de hoogte van de boete. Afhankelijk van de aard en ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de evenredigheid, kan de boete in een beperkt aantal situaties met 25%, 50% of 75% worden gematigd.¹⁴ Hiervoor zijn specifieke matigingsgronden geformuleerd in de Beleidsregel. Gedacht kan worden aan de situatie waarin een werkgever gebruik maakt van een gecertificeerd uitzendbureau (25% matiging van de boete), de situatie waarin sprake is van arbeid van geringe omvang en duur, die eenmalig en onbetaald heeft plaatsgevonden (50% matiging) en de situatie waarin een tewerkstellingsvergunning is afgegeven voor een student maar deze incidenteel - en niet meer dan 5 uur - teveel heeft gewerkt (75% matiging).

6. Beleidsregel van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 17 maart 2014 tot vaststelling van de Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2014, *Stcrt.* 2014, 8252.

7. Art. 2 Beleidsregel boeteoplegging Wav 2014.

8. Art. 1 jo. art. 2 en bijlage 1 (Tarieflijst Boetenormbedragen Bestuurlijke Boete Wav) Beleidsregel boeteoplegging Wav 2014.

9. Art. 19 lid 2 Wav.

10. Jaarverslag 2013 Inspectie SZW, p. 25.

11. Art. 5:48 Awb.

12. Art. 4, onder a, Organisatie-, mandaat- en volmachtsbesluit directie Informatiehuishouding en Inspectieondersteuning 2012, *Stcrt.* 2013, 22136.

13. Voor de leesbaarheid van deze bijdrage zal ik geen onderscheid maken tussen de inspecteur die de overtreding constateert en de ambtenaar die uiteindelijk de boete oplegt. Ik zal in het vervolg spreken over de inspecteur.

14. Art. 10 Beleidsregel boeteoplegging Wav 2014.

7.3 De effectiviteit van het huidige handhavingssysteem

De bestuurlijke boete is het dominante handhavingsinstrument in het huidige systeem van de Wav. De keuzevrijheid die de inspecteur heeft om bij de constatering van een overtreding geen bestuurlijke boete op te leggen, is praktisch nihil. Voor deze lik-op-stukbenadering is gekozen om een duidelijk afschrikssignaal af te geven aan de overtreder (en de rest van de samenleving).¹⁵ Bovendien wil de Inspectie SZW met deze punitieve handhavingsstijl bereiken dat het economisch voordeel dat werkgevers genieten bij het overtreden van de Wav teniet wordt gedaan. Dit economisch voordeel bestaat voor werkgevers uit het niet hoeven afdragen van premies en belastingen voor de vreemdelingen, het niet verplicht hoeven betalen van het minimumloon en het niet hoeven maken van kosten voor het werven van legale arbeidskrachten. Een (dreiging met een) hoge punitieve sanctie moet potentiële overtredders ervan weerhouden de Wav te overtreden.

De vraag is of een dergelijke handhavingsstijl effectief is. Uit onderzoek blijkt namelijk dat een deel van de overtredders van de Wav onopzettelijk de Wav overtreedt vanwege onbekendheid met de wet- en regelgeving.¹⁶ Het merendeel van de overtredders behaalt bovendien relatief weinig economisch voordeel met de illegale tewerkstelling. Tot slot worden door deze wijze van handhaven de goedwillende en de kwaadwillende overtredders op een hoop geveegd. Het feit dat de Wav alleen de bestuurlijke boete kent, zorgt ervoor dat nauwelijks maatwerk geleverd kan worden. Dit betekent dat hoge boetes worden opgelegd aan alle overtredders zonder dat de afweging gemaakt kan worden of dat bij de overtreder in dat specifieke geval het meest effectieve handhavingsinstrument is. Het is goed voorstelbaar dat dit leidt tot weerstand en ontevredenheid onder de (beboete) werkgevers en dat niet wordt bereikt wat wordt beoogd met deze handhavingsstijl.

De weerstand en ontevredenheid uiten zich in de praktijk in bezwaarschriften. Bijna de helft van de beboete werkgevers maakt bezwaar tegen de opgelegde boete.¹⁷ De inhoud van de bezwaarschriften houdt veelal verband met het feit dat iedere overtreding van de Wav in principe als even ernstig wordt beschouwd.

Ter illustratie een tweetal voorbeelden uit de rechtspraak die het standpunt kunnen ondersteunen dat de bestuurlijke boete niet bij iedere overtreder het meest effectieve handhavingsinstrument is.

15. SZW-handhavingsprogramma 2011-2014, p. 5.

16. M. Siesling et al., *Plichtsbef of boeteangst? Motieven voor het (niet) naleven van arbeidswetgeving*, Tilburg: IVA 2010, p. 37.

17. Interne cijfers van Ministerie SZW.

Het eerste voorbeeld betreft een zaak waarover de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) op 11 juli 2007 uitspraak deed.¹⁸ Een werknemer was werkzaam in een winkel en liet gedurende een tijdsbestek van tien minuten een familielid uit Frankrijk (de vreemdeling) op de winkel passen. De eigenaar van de winkel werd als werkgever aangemerkt en beboet. Hij beriep zich op het feit dat hij de vreemdeling geen opdracht had gegeven tot het verrichten van de werkzaamheden en hier ook geen kennis van had, omdat hij op het moment van de werkzaamheden op vakantie was. De Afdeling had geen oor voor dit verweer en overwoog 'dat instemming met of wetenschap van de arbeid voor de kwalificatie als werkgever in de zin van de Wav niet is vereist en dat het enkel mogelijk maken en niet verhinderen daarvan ook als het laten verrichten van arbeid wordt opgevat'.

Een tweede voorbeeld diende zich op 22 november 2007 aan bij de Rechtbank Utrecht.¹⁹ Een Turkse man (met een Fins verblijfsvergunning) verbleef voor een week bij zijn Nederlandse broer in Nederland vanwege een familiebezoek. Zijn broer werkte in een shoarmazaak. Op een avond was zijn broer aan het werk in de shoarmazaak en was de Turkse man daar ook. Toen zijn broer met de klanten aan het praten was en de Turkse man zag dat het vlees aan de spies dreigde aan te branden, sneed hij daar snel een stukje vlees af. De Nederlandse broer werd aangemerkt als werkgever en werd beboet. De Rechtbank Utrecht liet de boete in stand.

Samenvattend lijkt de wijze waarop de Wav nu wordt gehandhaafd - mede gelet op het grote aantal bezwaarschriften - een negatieve weerslag te hebben op de acceptatie en de legitimiteit van de wetgeving. De goedwillende, onopzettelijke overtreder wordt nu veelal (te) hard gestraft door de hoge bestuurlijke boete. Alternatief voor deze groep overtreders zou het geven van een waarschuwing kunnen zijn.

7.4 De rationaliteit van een waarschuwing

De eventuele meerwaarde van een waarschuwing voor de handhaving van de Wav kan worden gezien door de waarschuwing in een theoretisch raamwerk te plaatsen. Vanuit verschillende handhavingsmodellen kunnen de effecten van een waarschuwing nader worden bekeken. Daarvoor wordt eerst ingegaan op het handhavingsmodel dat ten grondslag lijkt te liggen aan het huidige handhavingssysteem van de Wav.

18. ABRvS 11 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA9298.

19. Rb. Utrecht 22 november 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9096.

7.4.1 Het deterrence model

In het voorgaande is reeds beschreven dat de Inspectie SZW gebruik maakt van een handhavingsstijl met een sterk punitief karakter. Deze sanctionerende handhavingsstijl kan geassocieerd worden met het deterrence model.²⁰ Het deterrence model is een handhavingsmodel dat gebaseerd is op de idee dat actoren geneigd zijn om regels te overtreden, tenzij zij door (de dreiging met) sancties worden afgeschrikt. Individuen en bedrijven worden omschreven als rationele actoren die volledig worden gedreven door winstbejag en eigen belang.²¹ Op grond van het deterrence model is te verwachten dat strenge sancties noodzakelijk zijn om naleving te garanderen. Bij de sanctionerende handhavingsstijl treedt de toezichthouder op als een politieagent en ligt zijn focus op het opsporen van overtredingen en het sanctioneren van overtreders. De drijfveren van een overtreder zijn voor de toezichthouder niet van belang. Evenmin doet het er toe onder welke omstandigheden potentiële overtreders tot naleving zouden overgaan.²² Meer specifiek houdt de sanctionerende stijl in dat de toezichthouder bij elke ontdekking van een overtreding onmiddellijk zal straffen. Van belang voor het afschrikkingseffect is dan ook dat ook welwillende bedrijven die de wet overtreden hard worden aangepakt.²³

De waarschuwing in het licht van het deterrence model

In het licht van het deterrence model kan de waarschuwing worden gezien als een weinig effectief handhavingsinstrument. Dit model beschouwt de mens als een rationele actor die slechts tot naleving overgaat wanneer hij verwacht dat de kosten van naleving lager zijn dan de verwachte kosten bij niet-naleving. Dit betekent dat de invoering van de waarschuwing kan leiden tot een toename van het aantal overtredingen van de Wav. Wanneer de rationele werkgever weet dat hij bij een eerste overtreding van de Wav (slechts) een waarschuwing krijgt in plaats van een bestuurlijke boete, is de kans groot dat hij sneller geneigd zal zijn de Wav te overtreden. Immers, de enige ‘kosten’ van niet-naleving zijn dat hij, wanneer een inspecteur de overtreding ontdekt, bij de Inspectie SZW in beeld is en maatregelen moet nemen om wel aan de Wav te voldoen. Hierdoor is het afschrikkende effect van (de dreiging met) een waarschuwing aanzienlijk minder dan (dreiging met) een bestuurlijke boete.

20. M.A. Wiering, *Controleurs in context: handhaving van de mestwetgeving in Nederland en Vlaanderen* (diss. Nijmegen), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999.

21. G.S. Becker, ‘Crime and Punishment: An Economic Approach’, *Journal of Political Economy* 1968 (76), p. 169.

22. B. van Stokkom, *Handhaven, eerst kiezen dan doen. Sociaalwetenschappelijke mogelijkheden en beperkingen* (Deelrapport I), Ministerie van Justitie 2004.

23. G. Suurmond, *Brandveiligheid in de horeca: een economische analyse van de handhaving in een representatieve gemeente*, Leiden 2004.

Kritiek op het deterrence model

Het deterrence model is niet vrij van kritiek gebleven. Allereerst wordt de veronderstelling dat bedrijven en individuen altijd handelen als rationele actoren onjuist bevonden.²⁴ Bedrijven beschikken vaak niet over alle informatie die nodig is om tot een rationele afweging te komen en daarnaast handelen zij lang niet altijd vanuit hun eigen belang. Naast de kritiek op het idee van 'rational choice' wordt een aantal andere fundamentele kanttekeningen bij het model geplaatst. Het deterrence model maakt geen onderscheid tussen de verschillende soorten overtredders. Dat veroorzaakt weerstand onder met name de goedwillende overtredders om de regels in de toekomst na te leven. Deze weerstand wordt door dit model genegeerd. Daarnaast zorgt het deterrence model ervoor dat ook bedrijven die al gemotiveerd zijn om de regels na te leven een toename in de nalevingskosten ervaren. Tegelijkertijd maakt ook de toezichthouder hoge (monitorings)kosten vanwege de vele bezoeken en controles die afgelegd moeten worden om overtredingen te ontdekken en eventueel te sanctioneren.²⁵ Dit leidt tot een suboptimale keuze: de norm-adressaat investeert veel in de regelnaleving, zonder zich druk te maken over het achtergelegen doel en de toezichthouder investeert in hoge monitoringskosten zonder te sturen op de motieven.²⁶ Het gevolg hiervan is dat op het moment dat de externe prikkel van de toezichthouder wegvalt, de motivatie van burgers om de wet na te leven daarmee ook kan komen te vervallen.²⁷

7.4.2 Het voluntary compliance model

Het voluntary compliance model kan worden omschreven als een alternatief voor het deterrence model.²⁸ Dit model verklaart de spontane naleving van regelgeving door burgers en bedrijven.²⁹ Bedrijven en individuen worden gezien als sociale actoren die van nature geneigd zijn om de wet na te leven.³⁰ Overtredingen zijn veelal het gevolg van foutieve inschattingen, onwetend-

24. E. Bardach & R. Kagan, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*, Philadelphia, PA: Temple University Press 1982.

25. M. Siesling et al., *Plichtsbesef of boeteangst? Motieven voor het (niet) naleven van arbeidswetgeving*, Tilburg: IVA 2010, p. 18.

26. D. Osborne & T. Gaebler, *Reinventing Government: How the entrepreneurial Spirit is transforming the public sector*, Boston: Addison Wesley Publishing Company 1992.

27. L. Sherman, 'Defiance, Deterrence and Irrelevance: A Study of the Criminal Sanction', *Journal of Research in crime and Delinquency* 1993 (30), p. 445-473.

28. J.T. Scholz, 'Cooperative Regulatory Enforcement and the Politics of Administrative Effectiveness', *The American Political Science Review* 1991 (1), p. 115-136.

29. Verslag Businessgame 'Sturen op Compliance, sturen op nalevingbereidheid', 22 juni 2006, <www.videnet.nl/download/?id=3285926>.

30. R.A. Kagan & J.T. Scholz, 'The "Criminology of the Corporation" and Regulatory Enforcement Strategies', in: K. Hawkins & J.M. Thomas (red.), *Enforcing Regulation*, Boston/Den Haag: Kluwer-Nijhoff 1984, p. 37- 66.

heid en/of incompetentie.³¹ De essentie van dit model is dat burgers en bedrijven moreel instemmen met de regelgeving en dat zij ervan overtuigd zijn dat degenen die de regelgeving handhaven ook degenen zijn die dat mogen doen.³² De handhavingsstijl die met dit model geassocieerd kan worden is de overredingsstijl, ook wel de coöperatieve handhavingsstijl genoemd.³³ De term impliceert al dat sanctionering een beperkte rol speelt. Deze handhavingsstijl is gericht op intrinsieke prikkels. De toezichthouder maakt (bij voorkeur) gebruik van de informele ‘zachte’ methoden als voorlichten, overleggen, overtuigen en onderhandelen.³⁴ Het opleggen van sancties wordt als laatste redmiddel gezien en wordt bewaard voor de kwaadwillende overtreders.³⁵ De gedachte is dat burgers en bedrijven eerder tot naleving zullen overgaan door met ze samen te werken dan door naleving af te dwingen.

De waarschuwing in het licht van het voluntary compliance model

De waarschuwing lijkt goed te passen in het voluntary compliance model. Sterker nog: de waarschuwing zal volgens dit model in veel gevallen een effectiever handhavingsinstrument zijn dan de bestuurlijke boete. Het uitgangspunt is dat overtreders middels een waarschuwing worden overtuigd van het belang van naleving van de Wav.

Kritiek op het voluntary compliance model

Bij dit model is een aantal kritische kanttekeningen geplaatst. Het model vereist een duurzame relatie tussen de toezichthouder en het bedrijf waardoor een vertrouwensband ontstaat. Alleen dan kunnen zachte handhavingsmethoden effectief zijn.³⁶ Vaak bestaat echter geen duurzame relatie tussen partijen aangezien de toezichthouder niet over de capaciteit beschikt om burgers en bedrijven frequent te bezoeken. Het risico bestaat bovendien dat bedrijven misbruik maken van de coöperatieve benadering van de toezichthouder. Het bedrijf vermijdt op deze manier een groot deel van de nalevingskosten en behaalt tegelijkertijd niet het door de toezichthouder gewenste nalevingsniveau.³⁷ Tot slot ondermijnt dit model de morele kracht van het recht door

-
31. G. Suurmond, *Brandveiligheid in de horeca: een economische analyse van de handhaving in een representatieve gemeente*, Leiden 2004.
 32. B. van Stokkom, *Handhaven, eerst kiezen dan doen*. Sociaalwetenschappelijke mogelijkheden en beperkingen (Deelrapport I), Ministerie van Justitie 2004, p. 20.
 33. M.A. Wiering, *Controleurs in context: handhaving van de mestwetgeving in Nederland en Vlaanderen* (diss. Nijmegen), Lelystad: Koninklijke Vermande 1999.
 34. B. van Stokkom, *Handhaven, eerst kiezen dan doen*. Sociaalwetenschappelijke mogelijkheden en beperkingen (Deelrapport I), Ministerie van Justitie 2004, p. 17.
 35. G. Suurmond, *Brandveiligheid in de horeca: een economische analyse van de handhaving in een representatieve gemeente*, Leiden 2004.
 36. G. van de Heuvel, *Onderhandelen of straffen? Over organisatiecriminaliteit en overheidscontrole*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
 37. J.T. Scholz, ‘Cooperative Regulatory Enforcement and the Politics of Administrative Effectiveness’, *The American Political Science Review* 1991(1), p. 118.

overtredingen van de wet toe te staan. Het is aan de inspecteur uiteindelijk om te bepalen welke overtredingen hij tolereert.³⁸ Het risico van willekeur ligt hierbij op de loer.

7.4.3 Responsive regulation

Een derde theorie is die van Braithwaite. In zijn boek 'To punish or to persuade' presenteert hij zijn theorie van Responsive regulation waarin hij het debat tussen het voluntary compliance model en het deterrence model overbrugt door elementen van beide modellen te combineren.³⁹ De theorie is gebaseerd op de gedachte dat geen enkel handhavingsmodel onder alle omstandigheden geschikt is. Het uitgangspunt is dat de wijze waarop de toezichthouder optreedt zich dient toe te spitsen op de motieven en de mogelijkheden tot normnaleving van de (potentiële) overtreder.⁴⁰ De toezichthouder richt zich op het beïnvloeden van het gedrag van burgers en bedrijven om zo naleving te bevorderen.⁴¹ Op deze manier kan de toezichthouder nagaan welke burgers en bedrijven in staat zijn verantwoordelijkheid te nemen en welke partijen hier niet toe in staat zijn. Deze laatste groep kan rekenen op zwaardere sancties.

De handhavingspiramide is een van de belangrijkste aspecten van Responsive regulation. De vorm van deze piramide brengt tot uitdrukking dat er opbouw dient te zitten in de wijze van handhaven door de toezichthouder.⁴² De toezichthouder dient bij voorkeur eerst gebruik te maken van een op compliance gerichte handhavingsstijl aangezien de grootste groep burgers en bedrijven geneigd is de regels na te leven. De reden dat deze groep toch tot overtreding overgaat, is veelal een gevolg van een gebrek aan kennis, onkunde of overmacht.⁴³ Het is relatief eenvoudig om de naleving bij deze groep te bevorderen en dus kan de toezichthouder gebruikmaken van zachte handhavingsmethoden zoals overtuigen, instrueren en waarschuwen. Voor de effectiviteit van de handhaving is de mogelijkheid van escalatie echter van groot belang. Met escalatie wordt bedoeld dat het voor een toezichthouder mogelijk moet zijn om naar een zwaardere maatregel op te schalen wanneer een over-

38. M. Lipsky, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York: Russell Sage Foundation 1980.

39. J. Braithwaite, *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*, New York: State University of New York Press 1985.

40. J. Braithwaite, 'Building Legitimacy Through Restorative Justice', in: T. Tyler (red.), *Legitimacy and Criminal Justice: International Perspectives*, New York: Russell Sage Foundation 2007, p. 153.

41. B. van Stokkom, Handhaven, eerst kiezen dan doen. Sociaalwetenschappelijke mogelijkheden en beperkingen (Deelrapport I), Ministerie van Justitie 2004.

42. H.G. van de Bunt, J. van Erp & K. van Wingerde, 'Hoe stevig is de piramide van Braithwaite?', *Tijdschrift voor Criminologie* 2007 (4), p. 386-399.

43. Rapport commissie Herziening Handhavingstelsel VROM-regelgeving, *De tijd is Rijp*, juli 2008.

treder niet mee werkt. Braithwaite noemt dit de zogenaamde tit-for-tat-strategie. De toezichthouder dient dus te beschikken over een verscheidenheid aan handhavingsinstrumenten zodat hij kan beslissen welk instrument het meest geschikt is in de gegeven omstandigheden. De zwaardere sancties worden door Braithwaite omschreven als de 'stok achter de deur' voor situaties die daar om vragen. Zij zijn cruciaal voor de werking en de effectiviteit van de lichtere handhavingsinstrumenten.⁴⁴

De kracht van deze theorie is dat het minder weerstand oproept bij de welwillende overtreder dan het deterrence model doet. Wanneer een toezichthouder eerst in gesprek gaat met de overtreder zal deze zich hierdoor rechtvaardiger behandeld voelen en dat is van belang voor het bevorderen van naleving.⁴⁵ Dit volgt ook uit de procedurele rechtvaardigheidstheorie van Tyler. Tyler verdedigt dat burgers niet uit angst voor sancties de regels naleven, maar dat zij dit doen, omdat zij het overtreden van de regels moreel verwerpelijk vinden.⁴⁶ Een voorwaarde voor zijn benadering is wel dat burgers deze regels als legitiem ervaren.⁴⁷ Legitimiteit houdt in dat burgers het overheidsoptreden en de regels van de overheid 'vrijwillig aanvaarden'.⁴⁸ Dit hangt nauw samen met de opvattingen van burgers over, en de ervaringen met, de rechtvaardigheid van procedures bij de overheid.⁴⁹ Door het procedurele rechtvaardigheidsgevoel bij burgers te vergroten wordt ook de ervaren legitimiteit van de overheid vergroot. Dit zorgt ervoor dat de regels beter worden nageleefd.⁵⁰ Een factor die bijdraagt aan procedurele rechtvaardigheid, stelt Tyler, is het geven van 'voice' aan burgers.⁵¹ Oftewel: dat mensen tijdens de procedure 'hun zegje' kunnen doen en de toezichthouder naar hen luistert.⁵² Ook vanuit deze benadering is dus goed verdedigbaar dat de toezichthouder bij een overtreding niet direct straft, maar eerst in een normoverdragend gesprek de burger waarschuwt.

-
44. H.G. van de Bunt, J. van Erp & K. van Wingerde, 'Hoe stevig is de piramide van Braithwaite?', *Tijdschrift voor Criminologie* 2007 (4), p. 386-399.
 45. T. Tyler, *Why people obey the law*, Princeton and Oxford: Princeton University Press.
 46. T. Tyler, *Why people obey the law*, Princeton and Oxford: Princeton University Press 2006, p. 178.
 47. T. Tyler & P. De Goey, 'Trust in organizational authorities: The influence of motivational attributions on willingness to accept decisions', in: R.M. Kramer & T.R. Tyler, *Trust in organizations: Frontiers of theory and research* 1996, p. 331-356.
 48. M.L.M. Hertogh, H.B. Winter & L.T. Schudde, Een factuurtje uit Leeuwarden: de invloed van legitimiteit op het nalevings- en betalingsgedrag van CJIB-debiteuren, Groningen: Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012, p. 5.
 49. T.R. Tyler, 'What is procedural justice? Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures', *Law and Society Review* 1988 (22), p. 103-135.
 50. M.L.M. Hertogh, H.B. Winter & L.T. Schudde, Een factuurtje uit Leeuwarden: de invloed van legitimiteit op het nalevings- en betalingsgedrag van CJIB-debiteuren, Groningen: Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012, p. 8.
 51. T. Makkai & J. Braithwaite, 'Procedural justice and regulatory compliance', *Law and Human behavior* 1996 (20), p. 83-98.
 52. <www.hetccv.nl/binaries/content/assets/ccv/dossiers/handhaven-en-gedrag/congress-2008/2008_jaapouwerkerk.pdf>.

De waarschuwing in het licht van Responsive regulation

De waarschuwing is volgens de theorie van Braithwaite een waardevolle toevoeging aan het arsenaal aan handhavingsinstrumenten van de Inspectie SZW. Braithwaite benadrukt het belang van een responsief handhavende toezichthouder. Wanneer de Inspectie SZW naast een zwaarder handhavingsinstrument ook over een zachter instrument beschikt, zal de Wav op een effectievere manier gehandhaafd kunnen worden. De kwaadwillende overtreder kan op deze manier nog steeds hard worden gestraft, terwijl de goedwillende overtreder middels een waarschuwing kan worden overtuigd van het belang van naleving van de Wav. Gelet op de theorie van Tyler kan daar nog aan worden toegevoegd dat de waarschuwing ook in positieve zin zal bijdragen aan de normnaleving onder werkgevers. Dat (goedwillende) overtredders van de Wav niet direct worden gestraft, maar eerst worden gewaarschuwd, vergroot het procedurele rechtvaardigheidsgevoel van deze overtredders en draagt daarmee bij aan de ervaren legitimiteit van (het handelen van) de Inspectie SZW.

7.5 De vormgeving van de waarschuwing

Met het theoretisch kader in ons achterhoofd is de volgende vraag hoe de waarschuwing in de handhavingspraktijk kan worden vormgegeven.⁵³ Een nadere bestudering van andere Nederlandse handhavingspraktijken laat zien dat dit op verschillende manieren mogelijk is.⁵⁴ In deze paragraaf worden drie waarschuwingsvarianten kort geanalyseerd, bekritiseerd en getoetst aan de hand van de huidige handhavingspraktijk van de Wav.⁵⁵

7.5.1 Vrije bevoegdheid

In de eerste variant wordt de waarschuwing vormgegeven als een 'vrije bevoegdheid' van de Inspecteur. Deze variant lijkt in het licht van de theorie van Responsive regulation, de ideale variant. De waarschuwing wordt als extra handhavingsinstrument aan het arsenaal van de inspecteur toegevoegd.

53. Voor de leesbaarheid van deze bijdrage heb ik de formele aspecten van de vormgeving buiten beschouwing gelaten. Daarbij kan gedacht worden aan: het eventueel moeten aanpassen van de wet, de juridische betekenis van een waarschuwing etc.

54. De handhavingspraktijk van de Inspectie SZW (bij de handhaving van de Arbeidsomstandighedenwet), de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) zijn nader bestudeerd en vergeleken. Zij zijn geselecteerd vanwege het feit dat ze al langer werken met de waarschuwing.

55. Tijdens interviews met inspecteurs van de Inspectie SZW zijn de verschillende varianten voorgelegd en getoetst.

De inspecteur kan, gelet op de ernst van de overtreding en de motieven van de overtreder, beslissen welk handhavingsinstrument hij het meest effectief acht. Op deze manier lijkt maatwerk geleverd te kunnen worden.

In de literatuur wordt echter beweerd dat een dergelijke vrije bevoegdheid in een bureaucratie niet werkt.⁵⁶ De vrijheid van de inspecteur om te beslissen zal in de praktijk altijd worden ingekaderd. In het beleid zullen uiteindelijk criteria worden ontwikkeld waarmee de inspecteur rekening dient te houden bij zijn beslissing tot handhaving. Dit wordt de zogenaamde bureaucratische bestuursreflex genoemd.⁵⁷ Inspecteurs van de Inspectie SZW zetten bovendien ook zelf kritische kanttekeningen bij deze variant. Zij geven aan dat een vrije bevoegdheid in de praktijk onder inspecteurs op veel weerstand kan rekenen. De angst bestaat namelijk dat inspecteurs mogelijk niet over de opleiding, kennis en ervaring beschikken om een zorgvuldige afweging te maken. Een dergelijke afweging is wel vereist wanneer de waarschuwing op deze wijze wordt vormgegeven. Volgens de inspecteurs wordt daarnaast het risico op willekeur te groot bij deze variant.

7.5.2 Gebonden bevoegdheid

Gelet op de uitvoerbaarheid en de effectiviteit van de waarschuwing is het dus van belang dat de waarschuwing wordt vormgegeven als een gebonden bevoegdheid en wordt opgelegd indien aan specifieke criteria is voldaan. De inspecteur kan per situatie toetsen of de overtreder en/of de overtreding aan de gestelde criteria voldoet en vervolgens een waarschuwing geven of een boete opleggen.

De vervolgvraag is dan welke criteria voor het geven van een waarschuwing zouden moeten gelden. Middels het analyseren van typische 'waarschuwingscasuïstiek' is een aantal criteria gedestilleerd. Bij deze casuïstiek gaat het om overtredders aan wie in het verleden een boete is opgelegd, terwijl een waarschuwing mogelijk effectiever was geweest.⁵⁸ De cases hebben een aantal overeenkomsten. Zo ging het in alle boetezaken om 'first offenders' bij wie één vreemdeling te werk was gesteld en uit de overige omstandigheden kon worden afgeleid dat de Wav niet opzettelijk was overtreden, maar dat dit een gevolg was van een gebrek aan kennis, overmacht of onkunde. De

56. M.V.C. Aalders, *Regeltoepassing in de ambtelijke praktijk van Hinderwet- en Bouwtoezichtafdeling*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1987.

57. H. Bosselaar & G.J. Vonk, *Bouwplaats lokale verzorgingsstaat: wetenschappelijke reflecties op de decentralisaties in de sociale zekerheid en zorg*, Den Haag: BJu 2013.

58. Aan de hand van gesprekken met ervaren bezwaar- en beroepsjuristen over door hen behandelde zaken heb ik getracht criteria te formuleren waaraan de waarschuwing gekoppeld kan worden. Dit betroffen zaken waarbij in het verleden een (gematigde) boete is opgelegd, maar waarvan door de respondenten werd aangegeven dat een waarschuwing mogelijk effectiever was geweest.

vreemdelingen werden bovendien marktconform betaald en doorgaans werden ook premies en belastingen afgedragen voor de vreemdelingen.

Uit deze 'waarschuwingscasuïstiek' is het zogenaamde '1,1,1'-criterium afgeleid. Dit betekent dat bij deze tweede waarschuwingsvariant een waarschuwing gegeven kan worden aan 'first offenders' (1), die één vreemdeling in dienst hebben (1) en alleen de Wav hebben overtreden en geen andere wetten. Het grote voordeel van deze variant is dat het gebaseerd is op een eenvoudig en helder criterium. In de handhavingspraktijk zal de '1,1,1'-situatie relatief snel en gemakkelijk door inspecteurs signaleerd kunnen worden. Dit betekent dat het voor de Inspectie SZW ook een goedkope variant is. Nadeel van deze variant is dat de motieven van de individuele overtreder niet kunnen worden meegewogen. Deze motieven worden als het ware positief ingekleurd op het moment dat aan het '1,1,1'-criterium voldaan is. Werkgevers zouden in de toekomst misbruik kunnen maken van dit criterium door één vreemdeling in dienst te nemen en geen tewerkstellingsvergunning aan te vragen. Tot slot lijkt het vereiste van één vreemdeling betrekkelijk arbitrair.

Een alternatief is een waarschuwingsbeleid met een aantal meer specifiek omschreven criteria (de waarschuwingsgronden):

1. De particulier die als direct opdrachtgever gebruik maakt van één vreemdeling voor wie geen tewerkstellingsvergunning is aangevraagd.
2. De werkgever die werkzaamheden laat verrichten door een erkend bedrijf. Dit betekent dat het bedrijf is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel en beschikt over (waar mogelijk) een branchegerelateerde certificering. Voorwaarde is dat de werkzaamheden plaatsvinden gedurende de hiervoor gebruikelijke uren en tegen een marktconform tarief. Daarnaast had de werkgever redelijkerwijs geen aanwijzingen om aan te nemen dat het bedrijf vreemdelingen arbeid liet verrichten waarvoor een tewerkstellingsvergunning vereist was.
3. De ideële stichting (de werkgever) die een vrijwilliger werkzaamheden laat verrichten. Voor de vreemdeling is geen vrijwilligersverklaring aangevraagd, maar deze zou wel zijn verleend.⁵⁹ De werkzaamheden worden door de vrijwilliger onbetaald verricht, hebben geen winstoogmerk en dienen een maatschappelijk doel.
4. De werkgever die via bemiddeling van een overheidsinstantie een vreemdeling te werk heeft gesteld.
5. De werkgever die een vreemdeling marginale, incidentele arbeid heeft laten verrichten (maximaal 5 uur). Deze situatie is gebaseerd op een huidige 50%-matigingsgrond.
6. Een student (de vreemdeling) heeft rechtmatig verblijf in Nederland als student. Door de werkgever is geen tewerkstellingsvergunning aangevraagd, maar deze zou zijn afgegeven als deze was aangevraagd.
7. Een werkgever die een tewerkstellingsvergunning heeft aangevraagd en deze ook is verzonden, maar de tewerkstellingsvergunning is nog niet ontvangen door de werkgever. Maximaal twee werkdagen nadat de arbeid is begonnen wordt de tewerkstellingsvergunning ontvangen.
8. Een werkgever die zelf de overtreding heeft beëindigd en gemeld heeft bij de Inspectie SZW: de werkgever heeft nadat hij beseft dat sprake is van overtreding zelf de illegale tewerkstelling voortijdig beëindigd en gemeld.

59. Paragraaf 11 UWV beleidsregels uitvoering Wav.

9. Een werkgever heeft een tewerkstellingsvergunning voor een student voor maximaal 10 uur arbeid per week. Door de student is deze arbeidsduur eenmalig of incidenteel overschreden in een periode van vier weken. De overschrijding bedroeg in totaal niet meer dan 5 uur.

De achtergrond van al deze situaties is steeds dat de rechtsorde niet geschokt is en dat de doelen van de Wav niet (ernstig) geschonden zijn. In de praktijk zijn dit de situaties waarvan men aanvoelt dat een boete niet het meest effectieve handavingsinstrument is. In deze negen omschreven waarschuwingsgronden zijn de denkbare motieven van goedwillende overtreders zoveel mogelijk verdisconteerd en daarmee lijkt deze variant - meer dan de tweede waarschuwingsvariant - tegemoet te komen aan het responsieve handavingsideaal van Braithwaite. Het nadelige gevolg van deze variant is dat de vaststelling van enkele waarschuwingsgronden wellicht veel onderzoek vergt van de inspecteur. Dit kan ten koste gaan van de efficiëntie van de handhaving van de Wav.

7.6 De toepassing van de waarschuwing in de praktijk

Gelet op de weerstand bij de inspecteurs is de eerste waarschuwingsvariant geen werkelijk uitvoerbare optie gebleken. De Inspectie SZW heeft een voorkeur voor een gebonden waarschuwingsbevoegdheid. De vraag is dan wat het effect zou zijn van deze bevoegdheid. In deze paragraaf wordt beschreven tot welke uitkomsten de toepassing van waarschuwingsvariant A ('1,1,1-beleid') en B ('waarschuwingsgronden') in de praktijk zal leiden. Hiervoor zijn beide varianten toegepast op tweehonderd boetedossiers en is geanalyseerd in hoeverre de resultaten voldoen aan het credo van Braithwaite: 'zacht waar het kan, hard waar het moet'. Met andere woorden, zijn de zaken die onder variant A respectievelijk variant B vallen, de zaken waar de Inspectie SZW in de toekomst ook zacht wil handhaven?

7.6.1 Variant A: 1,1,1-beleid

De toepassing van het 1,1,1 beleid heeft als resultaat dat de Inspectie SZW in de toekomst mogelijk bij 50% van de geconstateerde overtredingen een waarschuwing geeft in plaats van een boete. Dat is een behoorlijk aantal, waardoor de Inspectie SZW ook een behoorlijk bedrag aan boeteopbrengsten misloopt. Dat gevolg daargelaten, kan ook de vraag gesteld worden of in al deze zaken de waarschuwing, gelet op de theorie van Braithwaite, inderdaad een effectiever handavingsinstrument is dan de boete. Na een grondige analyse blijkt de Inspectie SZW door toepassing van deze variant in de toekomst in 10% van de zaken niet overeenkomstig het credo van Braithwaite te handhaven: moedwillige overtredingen worden afgedaan met een waarschu-

wing en tegelijkertijd krijgen 'onbewuste' goedwillende overtreders alsnog een forse boete opgelegd.

7.6.2 Variant B: waarschuwingsgronden

Bij de toepassing van het beleid met waarschuwingscriteria wordt slechts in 4% van de zaken een boete opgelegd, terwijl de omstandigheden erop wijzen dat een waarschuwing mogelijk effectiever is. Daar staat tegenover dat bij de toepassing van deze variant geen 'onterechte' waarschuwingen gegeven lijken te worden.

Een nadelig gevolg van deze variant is dat de inspecteur voor een aantal waarschuwingsgronden veel onderzoek moet verrichten voordat hij deze met zekerheid kan toepassen. Dit maakt deze variant voor de uitvoering een dure variant.

7.7 Conclusie

De invoering van een waarschuwing in de handhavingspraktijk van de Wav is een waardevolle en 'verzachtende' toevoeging op de huidige punitieve handhavingstijl van de Inspectie SZW. De waarschuwing is van belang voor de effectiviteit van de handhaving. Het is voor de Inspectie SZW van belang om het handhavingsinstrumentarium uit te breiden en in de toekomst ook te beschikken over zachte handhavingsinstrumenten. De bestuurlijke boete kan dan meer als 'stok achter de deur' gaan dienen bij overtreders bij wie de waarschuwing niet effectief wordt geacht.

De motieven van een overtreder en de ernst van de overtreding worden op deze manier ook veel relevanter bij de keuze voor een handhavingsinstrument. Door toevoeging van de waarschuwing aan het instrumentarium kan de Inspectie SZW met meer kracht hun slogan 'hard waar het moet, zacht waar het kan' uitdragen. Anderzijds kan de waarschuwing ook in positieve zin bijdragen aan de (ervaren) legitimiteit van de Inspectie SZW en de sancties die zij oplegt. Dit leidt niet alleen tot een bredere normacceptatie, maar ook tot een betere normnaleving.

Gelet op de huidige handhavingspraktijk van de Wav en de heersende cultuur binnen de Inspectie SZW is het voor de uitvoerbaarheid van de waarschuwing van belang dat deze als een gebonden bevoegdheid wordt vormgegeven. Om te voorkomen dat de waarschuwing een dode letter in de wet wordt dient het voor de inspecteurs duidelijk te zijn in welke situaties de waarschuwing kan worden toegepast. Aangezien op deze manier de motieven van de overtreders als het ware van te voren worden ingekleurd en vastgelegd in criteria wordt het lastiger voor de Inspectie SZW om daadwerkelijk responsief te handhaven.

De gevolgen voor de effectiviteit van de handhaving van de Wav zullen bij de twee gebonden waarschuwingsvarianten verschillen. Het is nu aan de politiek om te bepalen welke gevolgen het meest relevant worden geacht. Het gevaar bestaat dat met name de financiële consequenties de boventoon gaan voeren in de discussie omtrent de keuze voor een van de varianten en dat dit uiteindelijk ten koste gaat van de vormgeving van een effectieve waarschuwing in de Wav. Dat dient voorkomen te worden. De Minister is aan zet.

Zelfregulering dansevents

Michelle Bruijn

8.1 Inleiding

Publieksevenementen zijn een toenemend maatschappelijk verschijnsel. Er vinden steeds meer en steeds grotere, complexere en massaler bezochte evenementen plaats.¹ Dat dergelijke evenementen grote risico's met zich meebrengen, wordt geïllustreerd door de incidenten bij evenementen als Auto en Motor Sportief 2014 in gemeente Haaksbergen, het strandfeest Sunset Groves 2009 in Hoek van Holland en Dance Valley 2001 in gemeente Velsen.²

De regulering van publieksevenementen is een aangelegenheid van verschillende actoren. Primair zijn dit de lokale overheid en de evenementenorganisatie zelf. Het gemeentebestuur moet ervoor zorgen dat een evenement zo veilig mogelijk verloopt en dat de risico's worden beheerst en beperkt. Dit is geregeld in de Gemeentewet. Hiertoe is veelal een stelsel van evenementenvergunningen opgericht.³ Deze verantwoordelijkheid wordt gedeeld met degene die het evenement organiseert en de vergunning aanvraagt: de evenementenorganisator. Uiteindelijk is de aanbieder van een evenement jegens de bezoekers (mede)verantwoordelijk dat dit evenement veilig verloopt.

Indien het bevoegde bestuursorgaan onvoldoende toezicht houdt op naleving van de wet- en regelgeving, is de overheid mogelijk aansprakelijk op grond van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek. Het komt echter niet vaak voor dat de overheid de volledige aansprakelijkheid draagt. Naar mate een evenement groter en complexer wordt, rust er ook op de evenementenorganisator een grotere zorgplicht. Indien een evenement niet veilig is verlopen en er schade is ontstaan, hebben vaak zowel het bestuursorgaan als de organisator hun zorgplicht geschonden. In dat geval zijn zij medeaansprakelijk voor de gelede schade.⁴

1. Rapport IVenJ 2012, p. 7.

2. Zie respectievelijk de rapporten Strandrellen Hoek van Holland 2009 en Dance Valley 2001.

3. Het vergunningsvereiste staat vermeld in art. 2:25 Model APV. Voor kleine evenementen – met een gering aantal bezoekers – is slechts een melding vereist.

4. Van der Keur 2007, par. 4 t/m 7; Art. 6:102 BW.

Een actor die vaak wordt vergeten, maar wel degelijk van belang kan zijn, is de brancheorganisatie van de evenementenorganisatoren. Een brancheorganisatie behartigt de belangen van bedrijven uit dezelfde branche. De toenemende professionalisering van de evenementenbranche heeft ertoe geleid dat in 2001 een branchevereniging is opgericht: de Vereniging van EvenementenMakers (VVEM). Zij vertegenwoordigt meer dan tachtig bedrijven uit de evenementenbranche. Binnen deze evenementenbranche zijn normen tot stand gekomen die richtinggevend zijn voor de organisatie van evenementen. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre deze regels worden gebruikt door gemeentebesturen bij de vergunningverlening of bij het toezicht op de naleving van evenementenvergunningen. Vragen die daarbij aan de orde komen zijn: kun je spreken van zelfregulering door de brancheorganisatie? Zo ja, kunnen gemeentebesturen leunen op zelfregulering bij het toezicht op dansevenementen?

Bovenstaande vragen worden beantwoord aan de hand van een analyse van het evenement Dance Valley. Dit is een dansevenement dat jaarlijks wordt gehouden in gemeente Velsen. In 2001 ging het echter mis. In dit onderzoek wordt gekeken wat er destijds is misgegaan en wat er sinds 2001 is veranderd. Daarnaast wordt gekeken naar drie verschillende niveaus van regulering, waarbij de terugkoppeling met het evenement Dance Valley plaatsvindt. De keuze voor Dance Valley 2001 wordt in paragraaf 4 nader toegelicht.

Ik zal beginnen met een korte uiteenzetting van het concept metatoezicht (paragraaf 2). Vervolgens zal het juridische design van metatoezicht worden geïllustreerd voor wat betreft de regulering van evenementen (paragraaf 3). Daarna wordt Dance Valley 2001 beschreven als case: hoe zag de vergunning eruit, hoe werd toezicht gehouden door de gemeente en in hoeverre werden de vergunningsvoorschriften nageleefd? Deze resultaten worden gebruikt in een uiteenzetting van regulering op drie verschillende niveaus (paragraaf 5). In de conclusie kom ik tot een samenvattende analyse en zal ik antwoord geven op de vraag of gemeentebesturen kunnen leunen op zelfregulering bij het toezicht op dansevenementen (paragraaf 6).

8.2 Metatoezicht

8.2.1 Toezicht en metatoezicht

In veel gevallen leunt het publieke toezicht door de overheid op de zelfregulerende capaciteit van een private organisatie. Dit wordt ook wel ‘metatoezicht’ genoemd.⁵ Toezicht bestaat voor een belangrijk deel uit het beoordelen

5. Verbruggen & Havinga 2014, p. 6-32.

van gedrag van onder toezicht gestelden.⁶ Het houden van toezicht bestaat uit het verzamelen van informatie, de beoordeling van deze informatie en waar nodig uit interveniëren. Deze relatie kan zich in een private context voordoen, waarin een organisatie zoals een branchevereniging de toezichthoudende taak op zich neemt. Dit wordt ook wel aangeduid als ‘eerstelijntoezicht’. Metatoezicht is vervolgens het ‘tweedelijntoezicht’ dat bestaat uit het houden van toezicht op de manier van toezichthouden. De private toezichthouder is dus op zijn beurt zelf ook onderhevig aan toezicht. Metatoezicht wordt daarom ook wel toezicht op toezicht genoemd.⁷

8.2.2 Metatoezicht en metaregulering

Metatoezicht kan worden gezien als een vorm van metaregulering.⁸ De meeste definities die bestaan over metaregulering hebben gemeen dat het draait om interactie tussen verschillende actoren op het gebied van regulering.⁹ Op het moment dat private en publieke sturing worden gecombineerd of naast elkaar worden geplaatst, kan gesproken worden van metaregulering.¹⁰ Er wordt ook wel gezegd dat in het geval van metaregulering de toezichthoudende taak van de overheid in een meer sturende rol verandert.¹¹ Het bestuursorgaan kan bijvoorbeeld invloed uitoefenen en voorwaarden stellen aan de reguleringsactiviteiten van een brancheorganisatie, het bestuursorgaan kan dus regulerend optreden. Toezicht houden is een voorbeeld van een reguleringsactiviteit, vanuit dit oogpunt bezien is metatoezicht een vorm van metaregulering.¹²

8.2.3 Metaregulering en zelfregulering

Goed werkend metatoezicht kent drie voorwaarden. De eerste is dat de onder toezicht gestelde moet zijn onderworpen aan een zekere mate van zelfregulering. Zelfregulering wordt ook wel aangeduid als private regulering:¹³ regulering in een private (rechts)verhouding zoals een verenigingsverband. Bij zelfregulering wordt het gedrag in die relatie beïnvloed.¹⁴ De effectiviteit van metatoezicht is daarom afhankelijk van de zelfregulerende (en zelfcorrigerende) capaciteit. Een voorbeeld van zelfregulering is het opstellen van regels of gedragscodes door een brancheorganisatie, al dan niet binnen een wettelijk

-
- 6. Verbruggen & Havinga 2014, p. 5.
 - 7. Verbruggen & Havinga 2014, p. 6-32.
 - 8. Verbruggen & Havinga 2014, p. 6-32.
 - 9. Coglianese & Mendelson 2010, p. 147.
 - 10. Morgan 2003, p. 294.
 - 11. Coglianese & Mendelson 2010.
 - 12. Verbruggen & Havinga 2014, p. 6-32.
 - 13. Coglianese & Mendelson 2010.
 - 14. Coglianese & Mendelson 2010.

kader, met daarbij een correctiemechanisme in de zin van sanctiemogelijkheden.¹⁵

Vaak wordt een vorm van metatoezicht gezien als een effectievere vorm van regulering dan overheidsregulering, omdat het zelfregulerende aspect, in tegenstelling tot overheidsregulering, een vrijwillig karakter heeft.¹⁶ Daarnaast is er bij zelfregulering, meer dan bij overheidsregulering, voorzien in beïnvloeding door de normadressaat. En ten slotte is zelfregulering doorgaans flexibeler en meer afgestemd op de te reguleren activiteiten.

Het bestaan van een privaatrechtelijke toezichtsrelatie, inclusief sanctie-instrumentarium, is een tweede voorwaarde voor effectief metatoezicht. De derde voorwaarde betreft de uitwisseling van informatie uit het private toezicht met het publieke toezicht. Alleen dan ontstaat daadwerkelijk ‘toezicht op toezicht’.

8.3 Juridisch design van metatoezicht in de evenementenbranche

8.3.1 Publiekrechtelijke regels

De vraag is hoe het design van metatoezicht er in de praktijk uit ziet. In dit hoofdstuk wordt de organisatie van evenementen als voorbeeld genomen. Voor het organiseren van een evenement is een evenementenvergunning vereist. Deze eis is meestal opgenomen in de Algemene Plaatselijke Verordening (APV) en wordt daarin verder uitgewerkt. In veel gemeenten wordt gebruik gemaakt van de model-APV van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG).¹⁷ Naast de APV is de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van belang voor de indiening van de vergunningaanvraag, het voorbereiden van de vergunning, het nemen van een besluit, de bekendmaking ervan, en het toezicht op de naleving. Het verzoek van een evenementenorganisator aan de burgemeester om een evenementvergunning en de beslissing van de burgemeester, worden namelijk aangemerkt als een aanvraag, respectievelijk een besluit op die aanvraag in de zin van de Awb. Voor de verdere invulling van een vergunning zijn vaak verschillende regelingen van toepassing zoals de Drank- en Horecawet, de Wegenverkeerswet 1994, Wet ruimtelijke ordening en de Wet op de Kansspelen.

De burgemeester is degene die de vergunning verleent en is daarnaast belast met het toezicht op de naleving van de vergunningsvoorschriften.¹⁸ Het begrip ‘toezicht’ dat is opgenomen in artikel 174 Gemeentewet omvat meer dan enkel de handhaving van de openbare orde. Het gaat hier ook om de

15. Scheltema 2012.

16. Coglianese & Mendelson 2010.

17. Factsheet 2014.

18. Art. 174 Gemeentewet.

bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de burger. Indien de burgemeester niet adequaat of onvoldoende optreedt tegen een overtreding van de wettelijke voorschriften wordt gesproken van falend toezicht. In dat geval is de burgemeester tekortgeschoten in zijn algemene toezichthoudende taak.¹⁹

Op het gemeentebestuur rust geen actieve plicht om de regels tijdens een evenement te controleren. Er moet sprake zijn van concrete aanwijzingen van een overtreding wil gesproken worden van een handhavingsplicht van het gemeentebestuur.²⁰ Hierbij kan gedacht worden aan waarschuwingen of klachten. Als er dus wordt gewaarschuwd voor een gevaarlijke situatie bij een evenement dan is het gemeentebestuur verplicht om maatregelen te nemen. Uitgangspunt hierbij is wel dat dit in redelijkheid gevergd moet kunnen worden. Als het gemeentebestuur na een dergelijke waarschuwing geen actie onderneemt met als gevolg dat een bezoeker schade oploopt, dan zal het stilzitten van het gemeentebestuur een onrechtmatige daad kunnen opleveren.²¹ Falend toezicht kan er dus voor zorgen dat de gemeente aansprakelijk is voor de geleden schade.²²

8.3.2 Zelfregulering evenementenbranche

Naast de publiekrechtelijke regels zijn sinds enkele jaren regels ontwikkeld door de branchevereniging VVEM. De VVEM heeft in 2011 het 'Handboek Evenement Maken' op de markt gebracht. Dit is een richtlijn voor het organiseren van een goed en veilig evenement. Dit handboek bevat geen normen, maar is puur bedoeld om als handvat te dienen bij de praktische voorbereiding van een evenement. Het handboek bestaat voornamelijk uit tips en adviezen.

VVEM is daarnaast partner bij Stichting Kwaliteit Evenementen Nederland (SKEN). Onder deze naam is door verschillende partijen een convenant gesloten voor de bescherming van het gehoor van het publiek.²³ Onder anderen VVEM is hierbij partij. In dit convenant hebben partijen afspraken gemaakt over het beperken van het volume van het geluid dat door geluidsapparatuur naar het publiek wordt gestuurd. Het convenant bestaat echter enkel uit onderlinge afspraken. Er is dan ook expliciet opgenomen in het convenant dat de afspraken geen rechtens afdwingbare verplichtingen scheppen.²⁴

Evenementorganisaties die partij zijn bij dit geluidsconvenant houden zelf logboeken bij over het geluidsniveau op een evenement. Deze logboeken controleren de evenementenorganisaties bij elkaar. Er is dus sprake van een

19. Factsheet 2014.

20. Factsheet 2014.

21. Factsheet 2014.

22. Op grond van art. 6:162 Burgerlijk Wetboek.

23. <www.oorcheck.nl/upload/publication/file/Convenant_Geluid_MEI_VNPF_VVEM.pdf>.

24. <www.oorcheck.nl/upload/publication/file/Convenant_Geluid_MEI_VNPF_VVEM.pdf>.

zelfcontrolesysteem op kleine schaal. Het gaat hier om actoren die het gedrag van zichzelf en van leden van de eigen organisatie sturen dan wel beïnvloeden.

8.3.3 Metatoezicht?

Hoewel er een zekere mate van zelfregulering bestaat in de evenementenbranche, is geen sprake van metatoezicht in de evenementenbranche. Het ontbreekt namelijk aan duidelijk privaat toezicht in het zelfregulerende kader (de branchevereniging heeft nauwelijks sanctiebevoegdheden) en er vindt geen informatie-uitwisseling plaats met het gemeentebestuur.

Dat neemt niet weg dat evenementenorganisaties wel steeds meer via een alternatieve manier reguleren.²⁵ Zo heeft SKEN een keurmerk gemaakt omtrent de brandveiligheid en voor de verkoop van tickets. Hiervoor geldt echter hetzelfde als voor het geluidsconvenant, de koppeling naar de overheid mist en hierdoor wordt in de vergunning niet verwezen naar dergelijke afspraken.

Vormen van zelfregulering in de evenementenbranche brengen is niet het doel van SKEN, noch van VVEM. Waar nodig wordt aan een keurmerk gewerkt en worden richtlijnen opgesteld, maar vooralsnog draait het in de evenementenbranche voornamelijk om het leren van elkaar. Dit is een van de redenen dat er ook geen sanctioneringsstelsel bestaat. Uit de interviews die met de brancheorganisatie werden gehouden, werd duidelijk dat de evenementenbranche niet normatief is ingericht. Het doel is om handreikingen te bieden en pas waar nodig worden keurmerken en convenanten in het leven geroepen. De verwachting is echter wel dat steeds meer richtlijnen en convenanten tot stand zullen komen, omdat de vraag hiernaar is toegenomen; zowel uit de branche als vanuit het openbaar bestuur.

8.4 Dance Valley 2001

8.4.1 Gegevensverzameling

Om nader inzicht te krijgen in de wijze waarop toezicht wordt gehouden op dansevenementen, is het dansevenement Dance Valley in de gemeente Velsen onderzocht, meer in het bijzonder de chaotisch verlopen editie van 2001. Naar aanleiding hiervan is een kritisch evaluatierapport geschreven.²⁶ De beschrijving van de casus is grotendeels op dat rapport gebaseerd.

In de beschrijving wordt met name de rol van de evenementenorganisatie en het gemeentebestuur van gemeente Velsen uitgelicht. Hierbij is gekeken

25. Met alternatieve manieren van regulering worden andere vormen dan overheidsregulering bedoeld.

26. Rapport Dance Valley 2001.

naar de mate van toezicht dat het gemeentebestuur hield op dansevenementen en in hoeverre daarbij rekening werd gehouden met de normen die waren ontwikkeld door de brancheorganisatie. Voor de dataverzameling is de evenementenvergunning en het achterliggende evenementenbeleid bestudeerd en zijn interviews gehouden met de evenementcoördinator van gemeente Velsen, met de brancheorganisatie Vereniging voor EvenementenMakers (VVEM) en de Stichting Kwaliteit Evenementen Nederland (SKEN).

8.4.2 Casus

Dance Valley is een jaarlijks terugkerend dansevenement dat georganiseerd wordt door United Dance Company (UDC), onder verantwoordelijkheid van Dance Valley BV, in samenwerking met gemeente Velsen. Dance Valley wordt sinds 1995 elk eerste weekend van augustus gehouden in het recreatiegebied van Spaarnwoude. De editie van 2001 telde 90.000 betalende bezoekers en was als evenement geslaagd te noemen. Desondanks wordt deze editie van Dance Valley vooral herinnerd door de chaos waarin het evenement eindigde. Ondanks dat er een uitgebreid vervoerssysteem was opgezet met pendelbussen van en naar het festivalterrein verliep het vervoer in de ochtend al stroef. Bij het vertrek van het publiek in de avond liep het vervoerssysteem geheel vast. Dit leidde tot lange wachttijden, wanordelijkheden in het gedrang en mensen die er uiteindelijk voor kozen om te voet verder te gaan. Mensen raakten de weg kwijt en doordat het regende raakten ze verkleumd en onderkoeld. Er zijn uiteindelijk ongeveer 700 verkleumde bezoekers opgevangen en enkele tientallen bezoekers hebben een korte tijd in het ziekenhuis doorgebracht. De onderliggende vraag die in deze paragraaf wordt beantwoord is hoe dit evenement in 'chaos' heeft kunnen eindigen. Wat is er misgegaan in de voorbereiding, de toezicht en handhaving en/of in de operationele fase?

De onderstaande informatie is afkomstig uit het onderzoeksrapport van NIBRA.²⁷

Vorbereiding

De voorbereiding van het evenement bestond uit de aanvraag van de vergunning, de overleggen die zijn gepleegd, de afspraken die zijn gemaakt en uiteindelijk de vergunningverlening. Op chronologische wijze wordt hieronder uiteengezet hoe de voorbereiding van Dance Valley 2001 is verlopen.

Het gemeentebestuur had van te voren aangegeven vertrouwen te hebben in de organisatie, omdat de organisator in het verleden altijd de gemaakte afspraken nakwam. In de brief waarin de organisatie de vergunning voor de editie Dance Valley 2001 heeft aangevraagd, werd aangegeven dat de opzet

27. Rapport Dance Valley 2001.

van het festival nagenoeg hetzelfde zal zijn als voorgaande jaren. De brief sprak daarnaast van de extra aandacht die geboden zal worden aan het vervoer van festivalgangers.

Begin 2001 werd de vergunning voor Dance Valley aangevraagd en in behandeling genomen door de afdeling Burgerzaken van gemeente Velsen. Vervolgens werd het aan de organisator van het evenement overgelaten om afspraken te maken met de politie, de brandweer en milieudienst. In het afstemmingsoverleg tussen alle betrokken partijen sprak de ambtenaar Openbare Orde en Veiligheid (OOV) van Amsterdam twijfels uit over het logistieke plan. Amsterdam was bij de gesprekken betrokken doordat de verkeersafwikkeling zich voor een deel afspeelde op het terrein van gemeente Amsterdam. Naar aanleiding van de geuite twijfels werd een nieuw logistiek plan opgezet, maar nog steeds werden bedenkingen geuit over de beheersbaarheid van de logistiek.

Op 16 juli werd de evenementvergunning verleend op voorwaarde dat de afspraken zouden worden nagekomen. De ambtenaar OOV van Amsterdam heeft destijds opnieuw zorgen geuit over de afvoer van publiek en gaf aan 'niet gerust' te zijn op het verloop van het evenement.

Vergunning Dance Valley Festival 2001

De vergunning bevat over de afvoer van bezoekers de volgende norm: 'Omtrent de afvoer van bezoekers van het festival dienen concrete afspraken met de politie te worden gemaakt. Aan deze afspraken dient de organisatie zich te houden.'²⁸ De afspraken die zijn gemaakt over het verkeer en vervoer zijn niet terug te vinden als vergunningsvoorschrift, terwijl uit het evaluatieverslag van het jaar daarvoor al bleek dat er te weinig bussen waren ingezet en dat de verkeerscirculatie, de capaciteit van het parkeerterrein, en de personele capaciteit te kort schoten. Daarnaast was er geen controle- en handhavingsbeleid opgesteld. Het gemeentebestuur ging er vanuit dat de politie de naleving van de vergunning inhoudelijk zou toetsen en terug zou koppelen aan de gemeente.

Er waren daarnaast nauwelijks criteria in de vergunning gesteld aan het beveiligingsplan, rampenplan, verkeersplan en parkeerplan. Uit de vergunning blijkt dat de politie was belast met de feitelijke handhaving van de vergunningsvoorschriften. Voor verkeer en vervoer was er sprake van een co-productie tussen het particuliere beveiligingsbedrijf en de politie, maar uit niets blijkt wie uiteindelijk de verantwoordelijkheid droeg over het vervoerssysteem.

28. Vergunning Dance Valley 19 juli 2001.

De dag, de avond en de nacht

In de ochtend werd door bezoekers geklaagd over de loopafstand tussen busstation en evenemententerrein. De ingang van het evenement was drie kilometer lopen vanaf het busstation en er waren geen drankverkooppunten onderweg. De ambtenaar OOV van Amsterdam stelde al vroeg vast dat het busvervoer stagneerde door de vele voetgangers op en rond het busstation. Wegen slibden dicht en het werd hectisch in het verkeer. De communicatie tussen de betrokken partijen verliep slecht en niemand voelde zich verantwoordelijk voor het monitoren van het vervoerssysteem.

In de middag vond overleg plaats tussen de politie en de locoburgemeester van gemeente Velsen. Deze partijen schatten gezamenlijk in dat het in de avond goed zal gaan. De organisator was hier niet bij aanwezig. Op het moment dat dit gesprek plaatsvond werd via de mobilfoon omgeroepen dat het verkeer een chaos was. Er waren te weinig bussen voor de mensenmassa.

Er vond opnieuw overleg plaats waarbij de organisator wederom niet aanwezig was. Afspraken die waren vastgelegd in het logistieke plan bleken niet te worden nageleefd. Tijdens de overleggen in de middag werden afspraken gemaakt over het vervoer voor de avond, maar in alle besprekingen is niet gesproken over de vele lopende bezoekers. Daarnaast werd de politie pas in de avond voor het eerst geconfronteerd met het feit dat er minder dan de afgesproken 130 bussen reden. Dit aantal zou pas tegen het eind van de avond worden bereikt via een opbouwscenario.

In de voorbereidingen was afgesproken om de looproute op te splitsen, dit is echter niet gebeurd. Mensen raakten verdwaald en klommen over de hekken om bij hun eigen vervoersmiddel te komen. Communicatie met publiek bleek onmogelijk. Er waren zelfs mensen die langs de A9 wandelden opzoek naar hun auto, fiets of een bus.

Zowel de bezoekers als de buschauffeurs waren niet goed geïnformeerd over de bestemming van de bussen. Buschauffeurs raakten gestrest door de situatie en wilden naar huis. Contact met de organisator was niet mogelijk op dat moment. Buschauffeurs haakten hierdoor af en dit zorgde ervoor dat er op een gegeven moment nog maar 30 bussen reden. Om 23:30 uur stagneerde het vervoer met bussen volledig.

Kort na middernacht begon het te regenen en ontstonden plaatselijk onweersbuien. Door de chaos raakten mensen verdrukt en was het niet meer verantwoord om mensen binnen de hekken te houden. De hekken werden omgeduwd door bezoekers en beveiligers waardoor de mensen massaal het busstation bestormden. Hierdoor konden de bussen niet meer voor- of achteruit. Rond dat tijdstip vond overleg plaats tussen de Algemeen en Operationeel commandant en de locoburgemeester. Er werd de locoburgemeester slechts verteld dat er sprake was van ‘enkele’ verkeerstechnische problemen. Hierdoor kon de locoburgemeester de situatie niet goed inschatten en kon hij zijn verantwoordelijkheid niet nemen door in te grijpen.

De vermoeidheid, de kou en de invloed van pillen en/of drank sloegen gedurende de avond en nacht toe. Er kwamen steeds meer meldingen van sterk verkleumde en onderkoelde mensen. Er werd echter niet besloten tot een gezamenlijk overleg. De brandweer raakte pas om 03:00 uur betrokken bij de situatie. De locoburgemeester werd nog later benaderd, waardoor hij geen rol meer kon spelen in het opvangen van bezoekers. Uiteindelijk zijn de laatste bezoekers pas rond 09:00 uur naar huis vertrokken vanuit de ziekenhuizen en opvangcentra.

8.4.3 Analyse

Na een analyse van de voorbereidingen, de vergunning en het evenement zelf, is gebleken dat het vertrouwen in eigen kunnen bij de organisator, het gemeentebestuur en de politie (te) groot was. Daarnaast bleek dat het gemeentebestuur van gemeente Velsen veel vertrouwen had in de evenementenorganisatie doordat zij in het verleden altijd de gemaakte afspraken nakwam. Voor de vergunningaanvraag was het al duidelijk dat het evenement dat jaar groter zou zijn dan het voorgaande jaar. Dit heeft slechts in beperkte mate geleid tot aanpassingen van de wijze waarop de betrokken partijen invulling hebben gegeven aan de voorbereidingen. Waarschuwend geluiden vanuit gemeente Amsterdam vonden weinig weerklank.

Tijdens de voorbereiding was geen sprake van centrale regie. Dit was onder andere zichtbaar doordat zowel de organisator als de vertegenwoordigers van gemeente Velsen naar elkaar wezen om de regie te voeren. Een gevolg hiervan was dat er geen sprake was van een duidelijke planning en documentatie van afspraken.

De handhaafbaarheid van de vergunning was daarnaast erg lastig. Met name ten aanzien van het verkeer en vervoer en de calamiteitenorganisatie bevatte de vergunning uitsluitend de eis dat er plannen moesten worden ingediend. Aan deze plannen werden echter geen inhoudelijke of vormvereisten gesteld. De vergunningverlening op 16 juli leek dan ook voorbarig, met name omdat er nog allerlei bedenkingen werden geuit over het logistieke plan. Het vertrouwen in zichzelf en in de organisator heeft er mogelijk voor gezorgd dat het gemeentebestuur minder de neiging had om de vergunning dicht te timmeren.

Op de ochtend van het evenement bleek al direct dat het vervoersplan niet aansloot op de werkelijkheid. Bezoekers kwamen meer met het openbaar vervoer dan van te voren verwacht en ook vroeger dan gepland. Daarnaast was er geen coördinatie en geen integrale sturing op het geheel. Het probleem met de vele lopers in de ochtend stond niet op de agenda bij de bespreking van de avond. Daarnaast bestond onduidelijkheid omtrent de vraag wie eindverantwoordelijk was voor de verkeersafwikkeling.

Terugkijkend op dit evenement blijkt dat er geen duidelijke normen waren gesteld en dat er geen toezicht was op de naleving van de vergunnings-

vereisten. Er werd vanuit de gemeente geen toezicht gehouden tijdens het evenement zelf. Daarnaast werd de locoburgemeester onvoldoende op de hoogte gehouden. Hierdoor was hij niet in staat om in te grijpen op het moment dat het ‘mis’ ging.

De weersomstandigheden hebben een grote rol gespeeld in het chaotisch verloop van de afvoer van bezoekers, maar waren zeker niet de oorzaak. De oorzaak lag in het gebrek aan afspraken, gezamenlijk overleg en algeheel overzicht en sturing. Bij de verantwoordelijke organisator bleek gebrek te zijn aan inzicht, expertise en mogelijkheden om bij te sturen. Daarnaast heeft het gemeentebestuur de rol van de gemeente onderschat in het voorbereidingsproces en vertrouwde het te veel op de adequate voorbereiding van de organisator.

8.5 Regulering op drie niveaus

Sinds 2001 is er veel veranderd, niet alleen voor wat betreft de evenementen binnen gemeente Velsen, maar ook voor de evenementenorganisatie elders in Nederland. Dance Valley 2001 en Veronica Sunset Grooves 2009, waarbij doden zijn gevallen tijdens rellen,²⁹ zijn twee bepalende incidenten geweest. Hier zal het evenement Auto en Motor Sportief 2014 in de gemeente Haaksbergen ongetwijfeld bijkomen. Het ongeluk waarbij een monstertruck het publiek inreed heeft de vergunningverlening opnieuw op de kaart gezet, waarbij het aspect van aansprakelijkheidsverzekeringen extra is belicht.³⁰ Een en ander leidt en heeft geleid tot verdere regulering van de evenementenbranche. Niet zozeer in publiekrechtelijke regels, maar vooral in private (zelf)regulering.

8.5.1 Publiekrechtelijke regulering

Veel gemeenten beschikken tegenwoordig over een evenementenbeleid.³¹ Het verschilt per gemeente wat er in dit beleid is opgenomen. Sommige gemeenten hebben materiële normen opgenomen in het evenementenbeleid, normen over het geluidsniveau is daar een voorbeeld van. Daarnaast wordt vaak aandacht geschonken aan gezondheid en veiligheid. Er zijn echter ook gemeenten waarbij het evenementenbeleid niet meer is dan de vastlegging

29. Rapport Strandrellen in Hoek van Holland 2009.

30. De vergunning was onprofessioneel. Deels handgeschreven en er moest na de vergunningverlening nog een plattegrond worden na geleverd. De vergunningaanvraag was pas twee weken van te voren. Er was niet goed gekeken naar de beschikbare ruimte en afzettingen. Achteraf bleek dat Mario Doornink geen aansprakelijkheidsverzekering bezat.

31. Rapport IVenJ 2012, p. 7.

van de gemeentelijke ambitie over het binnenhalen van publieksevenementen.³²

Interessant is dat de vergunningplicht is uitgekleeft. Alleen de grote tot middelgrote evenementen hebben nog een vergunning nodig, de kleinere evenementen, zoals de buurtbarbecues, kunnen volstaan met een melding.³³ Ondanks dat evenementen zoals Dance Valley 2001 en Veronica Sunset Grooves 2009 voor verdere regulering van de evenementenbranche hebben gezorgd, is er dus ook een terugtred van publieke regulering te zien.

Tijdens de voorbereiding op Dance Valley in 2001 bestond er nog geen evenementenbeleid in gemeente Velsen. Dit was onder andere duidelijk terug te zien in de onduidelijkheden omtrent de vraag bij wie de verantwoordelijkheden lagen en het feit dat er geen sprake was van centrale regie. Het huidige beleid van gemeente Velsen dateert van 2007 en is een zogenaamd 'uitnodigend evenementenbeleid'. Dit betekent dat het evenementenbeleid gericht is op de stimulering van het organiseren van evenementen in de gemeente. Het evenementenbeleid van gemeente Velsen is een voorbeeld van een beleid dat vooral bestaat uit het vastleggen van de gemeentelijke ambitie omtrent het binnenhalen van publieksevenementen.

Uit een interview met de evenementcoördinator van gemeente Velsen is gebleken dat aan kwantiteit tegenwoordig geen gebrek is, vandaar dat wordt gewerkt aan een nieuw evenementenbeleid dat vooral de focus zal leggen op kwaliteit. Als wordt gestreefd naar kwaliteit kan er ook een onderscheid worden gemaakt tussen professionele en niet-professionele evenementenorganisaties. Als dit nieuwe evenementenbeleid er eenmaal is zal dit onderscheid ook worden terug gezien in de vergunningverlening. Doordat professionele organisaties vaak over een draaiboek beschikken dat door de jaren heen is ontwikkeld, kunnen vergunningen in dergelijke gevallen minder specifiek worden opgesteld. In het huidige evenementenbeleid wordt het onderscheid tussen professionele en niet-professionele organisaties nog niet gemaakt.

Zodra een vergunningaanvraag binnenkomt wordt er een risicoscan gemaakt. Aan de hand hiervan wordt de mate van risico geschat. Naar aanleiding van deze risicoanalyse wordt een plan opgesteld dat vervolgens zal worden getoetst door vertegenwoordigers van de gemeente. Naar aanleiding hiervan zal er wel of geen vergunningverlening plaatsvinden.

Uit het onderzoek bleek verder dat het gemeentebestuur – zoals zoveel gemeentebesturen – last heeft van onderbezetting. Toezicht en handhaving zijn daardoor lastig te organiseren. Door middel van het opstellen van plannen en draaiboeken wordt geprobeerd om dit probleem zo goed mogelijk op te lossen. De afspraken die worden gemaakt tussen de betrokken partijen worden vastgelegd in een veiligheidsplan dat wordt opgesteld door de eve-

32. Rapport IVenJ 2014, p. 19.

33. Zie art. 2:25 Model APV.

nementenorganisator. Het doel is de organisator verantwoordelijker te maken. Dit is ook terug te zien in de evenementvergunningen die steeds algemener worden opgesteld doordat de afspraken en draaiboeken onderdeel worden van de vergunning.

8.5.2 Organisator

Toezicht en handhaving vanuit de gemeente is gericht op de vergunningsvoorwaarden. Tijdens het evenement ligt de bescherming echter bij de organisator die verplicht is om een beveiligingsbedrijf in te huren.³⁴ Voor de organisator geldt dus dat een grote verantwoordelijkheid op hem rust. In het evenementenbeleid van gemeente Velsen staat ook expliciet: *‘Op de eigen verantwoordelijkheid van de organisator wordt nadrukkelijk een beroep gedaan.’*³⁵ De voorbereiding op de vergunning is hierbij erg belangrijk. De organisator moet zelf komen met plannen en draaiboeken. Daarnaast is de organisator degene die de schouw tijdens het evenement leidt. Als we terugkijken naar het evenement Dance Valley in 2001 valt te zien dat daar een groot verwijt gelegd kon worden bij de organisator. Er was geen overzicht tijdens het evenement, terwijl het juist een belangrijke taak is van de organisator om daarvoor te zorgen.

De organisator moet aangeven welke veiligheidsproblemen hij van te voren verwacht en welke hij tijdens de schouw op het evenement zelf constateert. Een gemeentebestuur moet volledig kunnen vertrouwen op de organisator. Op het moment dat een organisator blijkt te zwijgen, betekent dit voor het gemeentebestuur dat het een grotere taak heeft op het gebied van toezicht.

8.5.3 Brancheorganisatie

In de evenementenbranche zijn tal van organisaties actief. Veel evenementenorganisaties zijn aangesloten bij de VVEM, zo ook United Dance Company (UDC) als organisator van Dance Valley. Ten tijde van Dance Valley in 2001 werd VVEM echter net opgericht. Inmiddels is de VVEM een toonaangevende vereniging en vertegenwoordigt zij meer dan tachtig bedrijven.

In het huidige evenementenbeleid van gemeente Velsen komt de term ‘brancheorganisatie’ niet voor.³⁶ Hieruit kan worden opgemaakt dat, voor wat betreft het huidige beleid rond evenementen, geen directe lijnen liggen tussen de gemeente en een brancheorganisatie. Dit werd ook bevestigd in een interview met de evenementencoördinator van gemeente Velsen. De ambtenaren zijn echter wel op de hoogte van de bestaande brancheorganisaties en de

34. Deze verplichting wordt opgenomen in de vergunning.

35. Evenementenbeleid in Velsen 2007.

36. Evenementenbeleid in Velsen 2007.

richtlijnen die zij opstellen. Hier wordt echter geen rekening mee gehouden in de vergunningsprocedure.

8.6 Conclusie

Regulering van en toezicht op evenementen is een lastige overheidstaak. Dit was in 2001 al het geval ten tijde van Dance Valley en dit is anno 2015 nog steeds het geval. Het verschil tussen 2001 en nu is dat er vanuit gemeenten gezocht is naar oplossingen en dat deze ook deels zijn gevonden. Veel gemeenten hebben tegenwoordig een evenementenbeleid. Hier staat de procedure in opgenomen en zijn de verantwoordelijkheden per actor vaak duidelijk uiteengezet. Daarnaast wordt steeds meer verantwoordelijkheid doorgeschoven naar de organisator van het evenement. De focus ligt vooral op de voorbereiding waarin plannen en draaiboeken worden opgesteld. Hierdoor kunnen evenementvergunningen algemener worden opgesteld. De verschillende afspraken en voorwaarden worden namelijk door de organisator uitgewerkt in een veiligheidsplan dat vervolgens wordt getoetst door vertegenwoordigers van de gemeente. De plannen en draaiboeken die worden opgesteld worden vervolgens onderdeel van de vergunning.

Er is dus veel veranderd sinds 2001. Wat in meer algemenere zin is veranderd, is dat er een opkomst is van alternatieve vormen van regulering. Er is een tendens naar deregulering dat ervoor heeft gezorgd dat veel organisaties, maar ook overheden, op zoek zijn naar vormen van zelfregulering en metaregulering. In de evenementenbranche is deze tendens echter (nog) niet zichtbaar. Op dit moment is er namelijk nauwelijks sprake van zelfregulering binnen de evenementenbranche.

Het antwoord op de vraag of gemeentebesturen kunnen steunen op zelfregulering bij het toezicht op dansevenementen is om deze reden niet te beantwoorden met een simpele 'ja' of 'nee'. De wijze waarop het convenant omtrent geluidsniveau wordt gehandhaafd is een vorm van zelfregulering binnen de evenementenbranche. Evenementenorganisaties controleren namelijk zichzelf en elkaar door het bijhouden van logboeken. Gemeentebesturen houden zich echter afzijdig van deze afspraken waardoor niet kan worden gesproken over een vorm van metaregulering, laat staan van metatoezicht.

Hier zou een deel van de oplossing liggen voor het probleem van beperkte capaciteit. Door interactie met brancheorganisaties en een vorm van metaregulering tot stand te brengen, kan een deel van de toezichthoudende taak worden verschoven naar private organisaties. Bijvoorbeeld door in de vergunning te verwijzen naar de normen die in zelfregulering tot stand zijn gekomen. Op deze manier kunnen toezicht en handhaving op een effectievere manier worden ingevuld. Op meer gebieden kunnen convenanten worden gesloten die steunen op een zelfcontrolesysteem zoals het bijhouden van logboeken. Gemeentebesturen kunnen in dat geval toezicht houden op het

zelfcontrolesysteem, in plaats van op de vergunningsvoorschriften. Op deze manier komt een vorm van metatoezicht tot stand waardoor het niet langer een probleem is dat gemeentebesturen onvoldoende capaciteit hebben om aanwezig te zijn bij een evenement. Om dit te bereiken moeten private organisaties zoals brancheverenigingen een sanctioneringsstelsel in het leven roepen om het gedrag van de onder toezicht gestelden te corrigeren en moeten gemeentebesturen af van hun houding om terug te deinzen voor afspraken die niet rechtens afdwingbaar zijn.

Bronnen

Coglianese & Mendelson 2010

C. Coglianese & E. Mendelson, 'Meta-regulation and Self-regulation', in: M. Cave, R. Baldwin & M. Lodge (red), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Dance Valley 2001

Dance Valley 2001. Een evaluatie van de gebeurtenissen, Arnhem/Den Haag: NIBRA & ES&E 2001.

Evenementenbeleid in Velsen 2007

Evenementenbeleid in Velsen, Gemeente Velsen 2007.

Factsheet 2014

Factsheet: Aansprakelijkheid gemeente bij toezichtsfalen tijdens een evenement, <<www.vng.nl/files/vng/publicaties/2014/20140917-factsheet-aansprakelijkheid.pdf> (24 oktober 2014).

Van der Keur 2007

M.S. van der Keur, *Aansprakelijkheid voor falend toezicht*, Tilburg: Celsus Juridische uitgeverij 2007.

Morgan 2003

B. Morgan, *Social Citizenship in the Shadow of Competition. The Bureaucratic Politics of Regulatory Justification*, Aldershot: Ashgate 2003.

Rapport IVenJ 2012

Inspectie Veiligheid en Justitie, *Veiligheid en gezondheidsbescherming bij publieksevenementen moeten verbeteren*, Den Haag: IVenJ 2012.

Rapport IVenJ 2014

Inspectie Veiligheid en Justitie, *Plan van aanpak Vervolgonderzoek vergunningverlening publieksevenementen*, Den Haag: IVenJ 2014.

Rapport Strandrellen in Hoek van Holland 2009

E.R. Muller et al., *Strandrellen in Hoek van Holland. Dancefestival Veronica Sunset Grooves, 22 augustus 2009*, Arnhem/Rotterdam: Bureau Beke/COT 2009.

Scheltema 2012

M.W. Scheltema, *Effectiviteit van privaatrechtelijke regulering: is dat meetbaar?*, Den Haag: BJU 2012.

Short & Toffel 2010

J. Short & M. Toffel, 'Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic: The Critical Role of the Legal Environment', *Administrative Science Quarterly* 2010/55, p. 361-396.

Verbruggen & Havinga 2014

P.W.J. Verbruggen & T. Havinga, 'Metatoezicht op voedselveiligheid', *Tijdschrift voor Toezicht* 2014/5, p. 6-32.

Vergunning Auto- en Motorsportief 24 september 2014

Vergunning Auto- en Motorsportief 24 september 2014, Haaksbergen: Gemeente Haaksbergen 2014.

Vergunning Dance Valley 19 juli 2001

Vergunning Dance Valley Festival 19 juli 2001, IJmuiden: Gemeente Velsen 2001.

Metaregulering en alcoholbeleid

Suzanne Schot

9.1 Inleiding

Vanaf 1 januari 2013 zijn gemeenten belast met de toezicht en handhaving van de leeftijdsgrens in de Drank- en Horecawet.¹ Een jaar later werd de wettelijke minimum leeftijd voor de consumptie van alcohol verhoogd van 16 tot 18 jaar.² Beide wijzigingen stellen de gemeenten voor een grote opgave: terwijl de verkopers van alcohol wennen aan een nieuwe leeftijdsgrens moesten gemeenten het toezicht en de handhaving van die leeftijdsgrens organiseren. In dit hoofdstuk staat de organisatie van het toezicht op de leeftijdsgrens bij de grootste verkoper van alcohol centraal: de supermarktbranche.

Het toezicht op de naleving van de Drank- en Horecawet is een aangelegenheid die wordt gedeeld met private entiteiten, meer in het bijzonder de supermarktbranche zelf. Er is in zoverre sprake van een vorm van metaregulering, waarbij de overheid leunt op een zekere mate van zelfregulering. In dit hoofdstuk wordt verkend hoe deze metaregulering eruit ziet. De vraag die centraal staat is ‘In hoeverre is sprake van metaregulering bij handhaving van de leeftijdsgrens voor verkoop van alcohol en wat zijn de mogelijkheden?’. Om deze vraag te beantwoorden wordt het zelfregulerend vermogen van een tweetal supermarkten (verder aangeduid met supermarkt 1 en 2) vergeleken met de handhavingsstrategie van twee gemeenten (verder aangeduid met gemeente B en S). De vergelijking richt zich enerzijds op het design (wat staat er op papier, hoe is het toezicht ontworpen?) en anderzijds op de praktijk (hoe werkt het?). In paragraaf 3 wordt het ontwerp en de praktijk van de regulering in respectievelijk de publieke en de private sfeer beschreven. In paragraaf 4 wordt de metaregulering beoordeeld, gevolgd door een conclusie in paragraaf 5. Eerst volgt een beschrijving van het concept metaregulering.

1. Drank- en Horecawet, laatst gewijzigd 1 januari 2014. (hierna: DHW) Beschikbaar: <wetten.overheid.nl/BWBR0002458/geldigheidsdatum_03-01-2015> Bekijk <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2013/10/08/wijzigingen-drank-en-horecawet-per-1-januari-2004.html> voor de officiële brief die Staatssecretaris van Rijn alle gemeenten had toegestuurd over de veranderingen in de Drank- en Horecawet.
2. Art. 20 DHW.

9.2 Metaregulering

Metaregulering wordt vaak aangeduid als de interactie tussen overheidsregulering en zelfregulering,³ of verschillende regulerende actoren of niveaus van regulering.⁴ Vaak wordt metaregulering gebruikt om de geregeerden de gelegenheid te bieden om te zoeken naar zelfgekozen oplossingen om publieke problemen op te lossen.⁵

Metaregulering vergt een zekere mate van zelfregulering.⁶ Zelfregulering varieert van regulering van non-gouvernementele organisaties waarnaar men zich normaal gesproken voegt (protocollen, richtlijnen), tot een regel ontworpen en gehandhaafd door de geregeerde entiteit zelf.⁷

Het tweede kenmerk houdt hiermee verband: er is sprake van een zekere spontane normnaleving. Dit impliceert dat de geregeerde gemotiveerd is om zich aan de regels te houden.⁸ De motivatie kan gebaseerd zijn op bijvoorbeeld reputatie.⁹

Een derde kenmerk van zelfregulering betreft de ruimte die de geregeerde heeft om zelf een methode te ontwerpen gericht op het naleven van de overheidsregels.¹⁰ De reden om bedrijven deze ruimte te bieden, ligt in het feit dat de bedrijven zelf de meeste kennis en informatie hebben over hun eigen bedrijf, en daarom beter in staat zijn om de beste, efficiëntste oplossing te vinden.¹¹

Metaregulering maakt gebruik van zelfregulering. Wil er sprake zijn van een geslaagde metaregulering, dan zal er sprake moeten zijn van corresponderende *belangen* van de publieke en private entiteiten.¹² Bezien vanuit de overheid leidt dit vaak tot het inbouwen van 'prikkels' (al dan niet financieel). Hierbij echter wel worden opgemerkt dat uit onderzoek is gebleken dat de naleving van de bedrijven weinig heeft te maken met de publieke waarden die de wet probeert te reguleren.¹³

3. Hutter 2006, p. 215.

4. Parker 2002, p. 15; Parker & Braithwaite 2004, p. 283.

5. Coglianese & Mendelson 2010, p. 148; Gilad 2010, p. 485-486; Black 2012, p. 1045.

6. Hier moet worden opgemerkt dat hoewel zelfregulering een integraal onderdeel is van meta-regulering, het mechanisme van zelfregulering ook een bestaan op zichzelf kan hebben zonder enige banden met een mechanisme van meta-regulering.

7. Coglianese & Mendelson 2010, p. 149.

8. Short & Toffel 2010, p. 368, 386; Sewell 1998, p. 397-428.

9. Short & Toffel 2008, p. 45-71; Short & Toffel 2010, p. 368; Ayres & Braithwaite 1991, p. 435-496; Parker 2002

10. Coglianese & Mendelson 2010, p. 149.

11. Coglianese & Mendelson 2010, p. 152.

12. Gunningham & Rees 1997, p. 363-414.

13. Grabosky 1995, p. 527-550; Black 2012, p. 1046.

Een tweede voorwaarde is dat de *instellingen* die te maken hebben met zelfregulering *krachtig* zijn. Met ‘krachtig’ wordt in de eerste plaats bedoeld dat sprake is van een zekere organisatiestructuur, die in staat is om informatie te verzamelen en te interveniëren indien uit beoordeling van die informatie normovertreding blijkt.¹⁴

Behalve de prikkels en de krachtige instituties is voor een effectieve metaregulering ook van belang dat *informatie* wordt *uitgewisseld* tussen het publieke en het private toezicht. Niet alleen uit uitwisselen van het beleid (inhoud normen, interpretatie ervan), maar ook het uitwisselen van concrete handhavinginformatie is daarbij van belang.¹⁵

9.3 Publieke en private regulering

Omdat metaregulering een combinatie is van zowel publieke als private regelgeving, wordt in deze paragraaf nagegaan hoe de regulering eruit ziet. De vraag is of beide vormen van regulering elkaar versterken of juist ondermijnen.¹⁶ De casus waarop dit concept wordt toegepast betreft de handhaving van de leeftijdsgrens voor de verkoop van alcohol, gebaseerd op de Drank- en Horecawet. Nagegaan wordt hoe deze norm publiek wordt gehandhaafd en op welke wijze supermarkten zelf zorgen voor een naleving van de norm.¹⁷

9.3.1 Publieke regulering: de gemeenten

Ontwerp

Het is op grond van de Drank- en Horecawet verboden om alcohol te verkopen aan een minderjarige. Een minderjarige mag bovendien zelf geen alcohol kopen.¹⁸ De gemeentelijke overheid is belast met het toezicht op de naleving van deze normen. Daarvoor dienen gemeenten een preventie- en handhavingplan vast te stellen.¹⁹ Dit plan omvat de prioriteiten en risico's bij gemeentelijke handhaving van de normen uit de Drank- en Horecawet. Om de gemeenten te ondersteunen bij hun nieuwe handhavingstaak, is een Handreiking Drank- en Horecawet (hierna: Handreiking) verspreid.²⁰

14. Gunningham & Rees 1997, p. 363-414.

15. Baldwin, Cave & Lodge, Understanding Regulation, p. 18, 430; Black 2012, p. 1046; Zie ook OECD 2014, Principle 7: Transparent governance.

16. Gunningham 2010, p. 136.

17. Gunningham 2010, p. 136; Short & Toffel 2008, p. 46.

18. Art. 20 en 45 DHW.

19. Art. 43a Drank- en Horecawet.

20. Handreiking Drank- en Horecawet voor gemeenten

De regulering van de handhavingstaak is uiteindelijk gebaseerd op een bevoegdheid van de burgemeester om de alcoholvergunning in te nemen als blijkt dat de verkoper van alcohol drie keer de wet heeft overtreden door alcohol te verkopen aan minderjarigen binnen een termijn van 12 maanden. Deze sanctie wordt de ‘three strikes out’ genoemd. Daarnaast kan de burgemeester een bestuurlijke boete opleggen.²¹

Om van deze bevoegdheden gebruik te maken, dient het gemeentebestuur deze op te nemen in het preventie- en handhavingsplan.²² In zoverre kunnen gereuleerden (waaronder ook supermarkten) uit het handhavingsplan afleiden welke sanctie kan worden opgelegd.²³

De Handreiking schrijft naast deze repressieve aspecten ook een preventieve strategie voor. Dit betekent dat gemeentelijke toezichthouders de supermarkten informatie geven en adviseren.²⁴

Praktijk

Algemeen

Nagegaan kan worden in hoeverre gemeenten gevolg geven aan de Handreiking. Uit een recente studie van het Nederlands Instituut voor alcoholbeleid blijkt dat 54,4% van de gemeenten nog geen preventie- en handhavingsplan had vastgesteld.²⁵ Gemeenten zouden voor 1 juli 2015 een dergelijk plan moeten vaststellen.²⁶ Ook blijkt 18.9% de nieuwe wet nog niet te hebben geïmplementeerd. In het onderzoek worden als reden voor gebrekkige implementatie het gebrek aan financiële steun en beperkte capaciteit van toezichthouders, inclusief een gebrek aan deskundigheid en de beperkte tijd voor het opstellen van de preventie- en handhavingsplan.

Gemeente B en S

Gemeente B (een grote gemeente in het noorden van het land) heeft wel een handhavings- en preventieplan vastgesteld. Dit plan is gebaseerd op een preventieve en coöperatieve strategie: een zogenoemde ‘vriendelijke fase’ om supermarkten uit te leggen wat de Drank- en Horecawet inhoudt, gericht op aanmoedigen van de supermarkt om zich aan de wet te houden. Hoewel het volgens de handreiking raadzaam is alle potentiële actoren te betrekken bij het te maken beleid voor de Drank- en Horecawet,²⁷ heeft gemeente B ervoor

21. Zie art. 19A, 20, 25C en 44 DHW.

22. Handreiking Drank- en Horecawet voor gemeenten (hierna: Handreiking), p. 14.

23. Handreiking, p. 53.

24. Handreiking, p. 41.

25. <www.stap.nl/nl/publicaties/rapporten.html/3455/3565/gemeentelijke-uitvoering-van-de-drank--en-horecawet-analyse-stand-van-zaken-2014-#p3455>. Gebaseerd op een respons van 266 van de 393 gemeenten oftewel 66%.

26. Zie <www.handhavingdhw.nl/wetgeving-1/wijzigingen-dhw>.

27. Handreiking, p. 25.

gekozen om de supermarkten niet bij het ontwerp van het handhavings- en preventieplan te betrekken. In deze gemeente is deze keuze welbewust gemaakt: men vindt dat de supermarkten geen specifieke rol spelen bij de vormgeving van het beleid.

De gemeente B heeft de handhaving georganiseerd samen met andere gemeenten. Deze keuze is gemaakt uit efficiencyoverwegingen, ter borging van de capaciteit van toezichthouders. De toezichthouders zijn weliswaar relatief onbekend, maar houden zich niet anoniem bij controles. De controles vinden vaak plaats aan het eind van de werkdag. Als de controleurs merken dat alcohol wordt verkocht aan een minderjarige wordt eerst onderzocht of werkelijk sprake is van een overtreding (of de persoon aan wie alcohol is verkocht dus wel minderjarig is). Indien de alcohol inderdaad aan een minderjarige is verkocht, wordt de supermarktmanager op de hoogte gebracht van de overtreding.

Het beleid is niet gebaseerd op een risicoanalyse. Bovendien wordt, conform het beleid, vooral gekozen voor de bestuurlijke boete als handhavings-instrument in het geval een supermarkt de wet niet naleeft. Er is nog geen boete opgelegd.

Gemeente S heeft eveneens een preventie- en handhavingsplan vastgesteld. Supermarkten zijn niet bij de totstandkoming ervan betrokken. In dit plan worden twee controlemethoden genoemd. Enerzijds wordt in deze gemeente gebruik gemaakt van zogenaamde confrontatieaudits, waarbij een toezichthouder een minderjarige alcohol probeert te laten kopen in een supermarkt. Achteraf worden de resultaten besproken met de supermarktmanager. Een overtreding leidt niet altijd tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Vaker blijft het bij een informatieve aanpak: nagegaan hoe de supermarkt de regels beter kan naleven.

De bestuurlijke boete komt in de praktijk slechts in beeld bij een reguliere controle. Dit is een onaangekondigde controle waarbij de toezichthouder niet zelf een minderjarige alcohol laat kopen, maar anderszins vaststelt of alcohol aan minderjarige wordt verkocht. In de praktijk is echter nog geen boete opgelegd en blijkt ook bij reguliere controles de toezichthouder sterk geneigd om met de supermarktmanager na te gaan hoe deze de norm beter kan naleven.

In deze gemeente wordt de handhavingstaak ook gecombineerd met andere gemeenten. Bijzonder is bovendien dat de gemeente S als pilot gemeente was aangemerkt rondom de decentralisatie. Deze pilotfase was bedoeld om te achterhalen welke moeilijkheden en oplossingen gemeenten tegenkomen bij hun nieuwe taak. De bevindingen zijn verwerkt in de Handreiking. In de gemeente S wordt gebruik gemaakt van een 'youth map', waarin de risicolocaties worden aangeduid. De risicolocaties bevinden zich in gebieden met hogere concentraties jongeren (bijvoorbeeld: rondom scholen). Wanneer dan ook nog bekend is dat de normadressaat in het verleden vaker de regels heeft

overtreden, wordt deze locatie (dat kan dus ook een supermarkt zijn) vaker gecontroleerd.

Analyse

In geen van de onderzochte gemeenten zijn supermarkten betrokken geweest bij de totstandkoming van het preventie- en handavingsplan. Inhoudelijk is het beleid in de gemeente S wel en het beleid in de gemeente B niet gebaseerd op een risicoanalyse.²⁸ Interessant is verder dat het Centraal Bureau Levensmiddelenhandel (hierna: CBL) heeft aangegeven het onwenselijk te vinden dat gemeenten geen eenduidige aanpak hebben ontwikkeld. Om deze reden roept het CBL de gemeenten op om een uniforme aanpak te creëren met betrekking tot de Drank- en Horecawet.²⁹

9.3.2 De private sfeer: de supermarkten

Ontwerp

Hoewel de geadresseerden in de Drank- en Horecawet bestaan uit onder andere de supermarkten zelf, heeft het CBL een code ontwikkeld voor de aangesloten supermarkten.³⁰ Deze code bestaat uit richtlijnen voor de aangesloten supermarkten minimaal moeten voldoen.³¹ De code biedt de ruimte voor elke supermarkt om eigen specifieke maatregelen te treffen om te voorkomen dat alcohol wordt verkocht aan minderjarigen.³² Een belangrijk aspect van het CBL is dat deze code alleen geldt voor de supermarkten die zijn aangesloten bij de branchevereniging. Dit betekent dat veel lokale kleine buurt-supermarkten geen toepassing geven aan de code.

Wat betreft de leeftijdsgrens heeft het CBL samen met de supermarkten de maatregel geïntroduceerd dat klanten onder 25 jaar hun identiteitskaart moeten tonen aan de caissière als zij alcohol willen kopen. Deze norm is niet in de Drank- en Horecawet opgenomen en kan gezien worden als een maatregel om regelnaleving te versterken. Het gevolg is dat supermarkten een extra identificatieplicht hebben geïntroduceerd.

28. Handreiking, p. 42. Een voorbeeld van een risicogericht toezicht is 'gebaseerd op basis van het soort wijk, naleefgedrag en andere factoren. Deze factoren bepalen het aantal controles dat een drankverstrekker per jaar krijgt. Op basis van een puntensysteem komt een drank-verstrekker in een handavingspiramide die bepaald hoe vaak er een controle wordt uitgeoefend.'

29. <www.cbl.nl/pers/persberichten/persbericht/article/18-november-2014-naleving-leeftijdsgrens-door-supermarkten-sterk-verbeterd/>.

30. Albert Heijn, Aldi, Boni-Markten, C1000, Coop, Deen, Detailresult, EM-TE, Hoogvliet Supermarkten, Jan Linders, Jumbo, Lidl, MCD, Nettorama, Plus, Poiesz, Spar, Troefmarkt en Vomar.

31. CBL Code 'Verantwoordelijke alcoholverkoop in de supermarkt'. Versie December 2013 (hierna: CBL Code)

32. CBL Code, p. 3.

Het CBL biedt daarnaast opleidingen voor caissières aan om ze de trainen voor hun verantwoordelijkheid bij het verkopen van alcohol, ‘soms moet je nee verkopen’ genoemd.³³ Het is aan de supermarkt om te kiezen voor deze training, maar zij mogen ook een eigen training ontwikkelen. Ten slotte heeft het CBL zich voorgenomen om het alcoholbeleid minstens vier keer per jaar in de media onder de aandacht moet worden gebracht.³⁴

Praktijk

Algemeen

Uit een studie van 2013 blijkt dat de naleving van de Drank- en Horecawet geen vanzelfsprekendheid is.³⁵ Wat supermarkten betreft was het nalevingspercentage redelijk hoog (55%). In een recent onderzoek van het CBL uit 2014 werd een nalevingspercentage van 62% vastgesteld.³⁶ Aangetekend moet worden dat dit percentage slechts de aangesloten supermarkten betrof.

Voor de naleving van de leeftijdsgrens zijn supermarktfilialen, het hoofdkantoor van de supermarktbedrijven en het CBL relevante actoren. In de praktijk blijken de interne strategieën tussen verschillende supermarktbedrijven enorm te variëren.

Supermarkt 1 en 2

Om de caissière te assisteren bij het naleven van de wet maakt supermarkt 1 gebruik van een systeem waarbij de kassa een waarschuwing geeft voor het vragen van een identiteitsbewijs als alcohol gescand wordt. De caissière moet vervolgens de geboortedatum van de klant invoeren, waarna de kassa berekent of de verkoop van alcohol is toegestaan. Totdat deze handeling is uitgevoerd blijft de kassa geblokkeerd. Als de caissière zelf vaststelt dat de leeftijd niet hoeft worden nagekeken, zal hij of zij twee handelingen moeten uitvoeren om het systeem te deblokken.

Om naleving met de wet en het zelfregulerend beleid te vergroten, heeft supermarkt 1 een beleid waarbij de supermarkt manager wordt aangemoedigd om de naleving van de wet te vergroten. In 2014 heeft supermarkt 1 een verplichte stimulatiebonus ingesteld, waarbij de supermarktmanagers geld moeten inleggen. Mystery kids proberen vervolgens zowel drank als tabak proberen te kopen. Indien deze mystery kids er niet in slagen om een van beide producten te kopen, scoort de winkel ‘groen’. De winkel scoort ‘oranje’ indien een van beide producten konden worden gekocht en ‘rood’ indien de mystery kids beide producten konden kopen.

33. CBL Training ‘Soms moet je nee verkopen’. <smjnv20.supermarkt.nl/>.

34. CBL Code, p. 8.

35. Zie <www.handhavingdhw.nl/sites/default/files/alcoholverkoop-aan-jongeren-2013_0.pdf>.

36. Zie <www.cbl.nl/pers/persberichten/persbericht/article/18-november-2014-naleving-leeftijdsgrens-door-supermarkten-sterk-verbeterd/>.

Heeft de supermarkt een groene score behaald, dan zal het ingelegde geld worden geretourneerd met een kleine bonus van het hoofdkantoor. Bij een rode score is de manager zijn inleg kwijt. Op deze manier worden supermarktmanagers gestimuleerd om naleving van de regel te bevorderen. De resultaten van deze interne controles worden alleen gebruikt voor interne doeleinden. De gemeenten zijn wel in staat om toegang te krijgen tot de resultaten door het hoofdkantoor te benaderen, maar deze mogelijkheid wordt niet proactief gedeeld met de gemeenten. Als zodanig impliceert dit een grote hoeveelheid discretie van de supermarkten, aangezien zij niet verplicht zijn om hun interne controle structuren te verduidelijken.

Deze supermarkt maakt gebruik van het CBL trainingsprogramma voor kassières, en brengt nieuwe medewerkers op de hoogte van het alcoholbeleid.

Supermarkt 2 gebruikt een andere methode om de kassière te assisteren bij het bepalen van de leeftijd van de klant. In deze supermarkt wordt een ID-scanner gebruikt, die in staat is om de leeftijd te berekenen van de klant. De ID-kaart wordt gescand en geeft dan aan of verkoop is toegestaan. Deze methode voorkomt de situatie dat de caissière de leeftijd verkeerd berekent. Daar staat echter tegenover dat overtredingen niet volledig zijn uitgesloten, omdat het identiteitsbewijs niet in zijn geheel wordt gecontroleerd.

Ook in supermarkt 2 wordt gebruik gemaakt van een stoplichtsysteem. In dit geval is de opbrengst echter geen financiële, maar gericht op de trots voor het supermarktbedrijf waartoe de vestiging behoort. De zelfcontrole omvat een minimum van zes controles per jaar per filiaal door middel van een mystery kids team. Dit resulteert in een groene of rode sticker, waarmee supermarktmanagers worden gestimuleerd om de leeftijdsgrens na te leven. De resultaten van deze interne controles zijn niet publiek toegankelijk en worden ook nog niet gedeeld met gemeenten, tenzij de gemeente uitdrukkelijk in een convenant toegang tot deze resultaten eist. Er is momenteel nog maar één gemeente die deze mogelijkheid onderzoekt.

Supermarkt 2 maakt geen gebruik van het trainingsprogramma van het CBL, maar heeft een eigen trainingsprogramma voor caissières ontwikkeld. Een vraag die hierbij opkomt is of een dergelijk zelf ontwikkeld programma het risico op overtredingen vermindert.

9.3.3 Analyse

Hoewel zowel gemeenten als de branche uniformiteit beogen, blijkt er veel variatie te bestaan. Zowel supermarkt 1 als 2 hebben maatregelen getroffen om caissières te assisteren bij de leeftijdscontrole, maar maken gebruik van verschillende instrumenten. Bovendien is het beleid om de naleving te vergroten en te stimuleren verschillend.

Supermarkten worden gecontroleerd door zowel de gemeenten als de hoofdkantoren. Het lijkt daarom niet erg efficiënt dat hoofdkantoren van supermarkten zelf beleid ontwikkelen, in een context waarin gemeentelijk beleid varieert. Het lijkt evenmin efficiënt dat gemeenten beleid ontwikkelen zonder kennis te nemen van het beleid en de instrumenten die supermarkten hebben ontwikkeld.

9.4 Beoordeling van metaregulering in relatie tot de Drank- en Horecawet

Gemeenten moeten op grond van de Drank- en Horecawet een strategie ontwikkelen. De Handreiking bevat het advies aan gemeenten om dit beleid aan te passen aan de lokale context en samenwerking te zoeken met supermarkten. Terwijl gemeenten met hun nieuwe taak worstelen en een beleid moesten ontwikkelen, was er bij supermarkten al sprake van een zekere mate van zelfregulering. Uit het onderzoek blijkt echter niet dat de gemeenten rekening hebben gehouden met deze zelfregulering.

De zelfregulering van supermarkten heeft enerzijds betrekking op de regel dat klanten jonger dan 25 jaar om een ID wordt gevraagd. Deze regel lijkt erop gericht om de norm dat geen alcohol wordt verkocht beneden de 18 jaar, beter kan worden nageleefd.

Naast deze algemene regel blijken er instrumenten te zijn ontwikkeld waarmee supermarktmanagers worden aangemoedigd om zich aan de norm te houden. Deze systemen leiden tot interne controle en nalevingsinformatie. Deze informatie kan worden overhandigd aan de gemeenten, indien de gemeenten daar althans om vragen. Van deze mogelijkheden wordt echter niet of nauwelijks gebruik gemaakt – in ieder geval niet in de gemeenten die zijn onderzocht voor dit onderzoek. Daarmee is dus wel voldaan aan de vereiste van zelfregulering en is ook voorzien in een zekere mate van congruente belangen (de supermarktbranche kiest immers zelf voor een identificatieplicht indien de klant jonger is dan 25 jaar). De laatste en wellicht belangrijkste voorwaarde voor een effectieve metaregulering, namelijk: uitwisselen van nalevingsinformatie, wordt (nog) niet benut. In zoverre worden de mogelijkheden van metaregulering nog niet benut.

9.5 Conclusie

De onderzoeksvraag luidt ‘in hoeverre is sprake van metaregulering bij de handhaving van de leeftijdsgrens voor de verkoop van alcohol in supermarkten en wat zijn de mogelijkheden’. Geconstateerd is dat weliswaar sprake is van een congruent belang tussen supermarkten en de wetgever, in die zin dat de supermarktbranche zelf een strengere leeftijdsgrens hanteert dan de wet-

gever heeft voorgeschreven. Daarbij zijn de zelfregulerende mechanismen voldoende krachtig genoeg om deze regel te handhaven. Dit houdt verband met de organisatiestructuur van supermarkten, die veelal georganiseerd zijn in grootwinkelbedrijven waarbinnen een zekere mate van toezicht en handhaving plaatsvindt. Dit toezicht wordt meestal gecombineerd met prikkels die de supermarktmanagers aanmoedigen om alcohol op een verantwoordelijke wijze alcohol te verkopen. De methoden verschillen, maar hebben wel gemeen dat ze informatie opleveren over de mate waarin supermarktvestigingen de regels naleven. Vastgesteld is echter dat het gemeentebestuur zijn handhavingsbeleid niet heeft afgestemd op deze interne regels en interne nalevingsstrategieën. Bovendien wordt de informatie over de mate van naleving – bijvoorbeeld blijkend uit het aantal geconstateerde overtredingen – niet met het gemeentebestuur gedeeld.

Interessant daarbij is dat vanuit de overkoepelende supermarktbranche is gepleit voor uniformering van het gemeentebeleid. In plaats van een lokale variatie zou het handhavingsbeleid van gemeenten zoveel mogelijk dezelfde inhoud moeten bevatten. Dit staat haaks op de decentralisatie van deze bevoegdheid en gaat bovendien voorbij aan het feit dat ook van de zijde van de supermarktbranche zelf variatie bestaat ten aanzien van de nalevingsstrategieën. Dat maakt het er voor het gemeentebestuur niet overzichtelijker op. Dat er een noodzaak blijkt te zijn om dergelijk onderzoek nader te verrichten blijkt tevens uit recent onderzoek van de Universiteit van Twente van april 2015.³⁷ Bovendien blijkt dat de nalevingscijfers te wensen overlaten, en heeft de staatssecretaris Van Rijn gesproken van een ‘bezopen situatie’.³⁸ Het blijft dus belangrijk de mogelijkheden van metaregulering af te stemmen en te toetsen aan de publieke en private entiteit en het te reguleren aspect in de samenleving.

Bronnen

Literatuur

Ayres & Braithwaite 1991

Ayres, I., & J. Braithwaite, ‘Tripartism: Regulatory capture and empowerment’, *Law and Social Inquiry* 1991 (16), p. 435-496.

Baldwin, Cave & Lodge

R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford: Oxford University Press 2012.

37. Zie <www.utwente.nl/nieuwsevents/!/2015/4/378442/alcohol-nog-steads-volop-beschikbaar-voor-minderjarigen-in-supermarkt>.

38. Vriesema, ‘Drank? Met een truc koop je dat zo’, *NRC Handelsblad* 23 april 2015

Black 2012

J. Black, 'Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis', *The Modern Law Review* 2012 (6), p. 1037-1063

Coglianesi & Mendelson

C. Coglianesi & E. Mendelson, 'Meta-Regulation and Self-Regulation', in R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Freeman 2000

J. Freeman, 'Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law', *Administrative Law Review* 2000 (3), p. 813-858

Gilad 2010

S. Gilad, 'It runs in the family: Meta-regulation and its Siblings', *Regulation & Governance* 2010 (4), p. 485-506.

Grabosky 1995

P.N. Grabosky, 'Using non-governmental resources to foster regulatory compliance', *Governance* 1995 (4), p. 527-550.

Gunningham 2010

N. Gunningham, 'Enforcement and Compliance Strategies', in: R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Gunningham & Rees 1997

N. Gunningham & J. Rees, 'Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective', *Law & Policy* 1997 (4), p. 363-414.

Hutter 2006

B. Hutter, 'Risk, Regulation, and Management', in: P. Taylor-Gooby & J. Zinn (eds.), *Risk in Social Science*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Lidestav & Berg Lejon 2011

G. Lidestav & S. Berg Lejon, 'Forest certification as an instrument for improved forest management within small-scale forestry', *Small-scale forestry* (4), p. 410-418.

Parker 2002

C. Parker, *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.

Parker & Braithwaite 2004

C. Parker & J. Braithwaite, 'Conclusion', in C. Parker, C. Scott, N. Lacey & J. Braithwaite (eds.), *Regulating Law*, New York: Oxford University Press 2004.

Sewell 1998

Sewell, G. 'The discipline of teams: The control of team-based industrial work through electronic and peer surveillance', *Administrative Science Quarterly* 1998 (43), p. 397-428.

Short & Toffel 2008

J.L. Short & M.W. Toffel, 'Coerced Confessions: Self-Policing in the Shadow of the Regulator', *Journal of Law, Economics and Organizations* 2008 (1), p. 45-71.

Short & Toffel 2010

J.L. Short & M.W. Toffel, 'Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic: The Critical role of the Legal Environment', *Administrative Science Quarterly* 2010 (3), p. 361-397.

Sinclair 1997

D. Sinclair, 'Self-Regulation Versus Command and Control? Beyond False Dichotomies', *Law & Policy* 1997 (4), p. 529-560.

Websites

<www.cbl.nl/pers/persberichten/persbericht/article/18-november-2014-naleving-leeftijdgrens-door-supermarkten-sterk-verbeterd/>.

<www.handhavingdhw.nl/sites/default/files/alcoholverkoop-aan-jongeren-2013_0.pdf>.

<www.handhavingdhw.nl/wetgeving-1/wijzigingen-dhw>.

<www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2013/10/08/wijzigingen-drank-en-horecawet-per-1-januari-2004.html>.

<www.utwente.nl/nieuwsevents/!/2015/4/378442/alcohol-nog-steeds-volop-beschikbaar-voor-minderjarigen-in-supermarkt> .

<smjnv20.supermarkt.nl/>.

<www.stap.nl/nl/publicaties/rapporten.html/3455/3565/gemeentelijke-uitvoering-van-de-drank--en-horecawet-analyse-stand-van-zaken-2014-#p3455>.

<www.vng.nl/files/vng/publicaties/2012/201208_handreiking_dhw_voor_gemeenten.pdf>.

<wetten.overheid.nl/BWBR0002458/geldigheidsdatum_03-01-2015>.

Overige documenten

CBL Code 'Verantwoorde alcoholverkoop in de supermarkt' Versie december 2013.

OECD (2014), Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for regulatory Policy, OECD Publishing.

Over de auteurs

Willem Bantema MSc (1984) is afgestudeerd socioloog en vanaf 2011 werkzaam als promovendus bij de Vakgroep Rechtstheorie (Faculteit Rechtsgeleerdheid). Vanaf juni start Bantema met een tweejarig onderzoek naar de ervaringen van burgers met handhavers in de sociale zekerheid en de naleving van regels.

Michelle Bruijn (1991) heeft in 2014 haar bachelor Rechtsgeleerdheid afgerond en is op dit moment bezig met de Research Master 'Functionaliteit van het Recht' (120 ECTS), waarin zij zich specialiseert in het openbare-orderecht en strafrecht. In het kader van haar studie is zij onderzoeksassistent van prof. J.G. Brouwer en dr. M. Vols.

Tamara N.F. Goeting (1979) volgt de master Functionaliteit van het Recht aan de Rijksuniversiteit Groningen, werkt daarnaast als jurist bij de gemeente Assen. Interesse op het gebied van staats- en bestuursrecht, in het bijzonder het snijvlak tussen het bestuursrecht en het privaatrecht.

Dominique de Haas (1993) is masterstudent Nederlands recht, afstudeerrichting Staats- en Bestuursrecht met specifieke interesse voor openbaar bestuur, grondrechten en de verhoudingen tussen rechtsgebieden/organen. Lid provinciale staten provincie Groningen.

Trix Mulder (1976) is deeltijd onderzoeksmasterstudent aan de Rijksuniversiteit Groningen met de afstudeerrichting Recht & ICT. Naast haar studie aan de universiteit werkt ze als algemeen manager bij een regionaal ICT-bedrijf waar haar interesse in combinatie tussen recht en ICT vandaan komt.

Suzanne Schot (1990) studeert aan de faculteit Rechtsgeleerdheid, van de Rijksuniversiteit Groningen. Hier heeft ze voorheen haar bachelor LLB International and European Law behaald en is momenteel bezig met de Research Master 'Functionaliteit van het Recht' en de LLM Criminal Law and Criminology, waarin zij zich specialiseert in het internationaal strafrecht.

Dieuwertje Stolwijk (1990) rondde in 2014 haar master Recht en Bestuur af aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zij schreef haar scriptie bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Haar bijdrage in dit boek is gebaseerd op dit onderzoek. Thans is zij advocaat op de sectie Arbeids- en Ambtenarenrecht bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

Albertjan Tollenaar (1978) is als universitair docent verbonden aan de Vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht & Bestuurskunde. Hij is in 2008 gepromoveerd op het proefschrift *Gemeentelijk beleid en beleidsregels*. Hij geeft onder meer onderwijs in de researchmaster.

Hilde van der Waaij (1992) is momenteel bezig met het afronden van twee masters: de onderzoeksmaster functionaliteit van het recht en de master Recht&ICT. Zij doet zowel onderzoek op het gebied van privacyrecht en gegevensbescherming als het intellectuele eigendomsrecht.